

UiO : **Det juridiske fakultet**

Praksisen med fengsling av  
medfølgende barn etter  
utlendingsloven §106(1)  
bokstav b

Fengsling i en juridisk gråsone?

Kandidatnummer: 689

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17 892



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>1</b>
1.1	Aktualitet	1
1.1.1	Statistikk	2
1.1.2	Hovedproblemstilling	2
1.2	Avgrensning av problemstilling	2
<b>2</b>	<b>RETTSKILDER</b>	<b>4</b>
2.1	Oversikt over rettskildebildet	4
2.2	Metoden i norsk rett	5
2.3	Diskusjonen om vekten av underrettspraksis som rettskildefaktor	7
2.4	Metoden i folkerett	8
2.4.1	Generelt	8
2.4.2	Barnekonvensjonens betydning	9
2.4.3	Metode for tolkning av Barnekonvensjonen	9
2.5	EMDs fortolkning av EMK og forholdet i norsk rett	12
2.5.1	Hvilken vekt tillegges EMK og EMD i norsk rett?	13
<b>3</b>	<b>AVHANDLINGENS OPPBYGGING</b>	<b>15</b>
<b>4</b>	<b>LEGALITETSPRINSIPPET</b>	<b>15</b>
4.1	Innledning	15
4.2	Grunnlovsfestet legalitetsprinsipp	15
4.2.1	Grunnloven § 113	15
4.2.2	Grunnloven § 94	17
4.2.3	Grunnloven § 104	18
4.3	Hvilke vilkår følger av Barnekonvensjonen?	18
4.3.1	Beskytter alle barns rettigheter	18
4.3.2	Barnekonvensjonen art. 37(B)	19
4.3.3	Er fengsling til barnets beste?	20
4.4	Ytterligere om lovskravet etter EMK art. 5	22
4.4.1	Formålet med bestemmelsen	22
4.4.2	Lovskravet	23
4.5	Når er fengslingen uforholdsmessig etter EMK art. 5?	25
4.6	Endelig avslag på asylsøknad	26
<b>5</b>	<b>UTLENDINGSLOVEN §106(1) BOKSTAV B</b>	<b>28</b>

5.1	Foreligger det tilstrekkelig klar lovhjemmel? .....	28
5.1.1	Hvem er en ”utlending”?.....	28
5.1.2	Hva følger av andre rettskildefaktorer? .....	28
5.1.3	Unndragelsesfaren knyttet til foreldrene.....	31
5.1.4	Absolutt krav om bruk av alternativer .....	32
5.1.5	Senket bevisterskel.....	33
5.1.6	Oppsummering.....	37
5.1.7	Kontroll- og Innvandringsregulerende hensyn mot barnets beste .....	37
5.2	Forholdet til straffeprosessloven .....	39
5.2.1	Er det alltid tvingende nødvendig? .....	39
5.2.2	” Forholdsmessig inngrep” .....	40
<b>6</b>	<b>IVARETAS BARNES PROSESSUELLE RETTIGHETER? .....</b>	<b>45</b>
6.1	Uheldig henvisningspraksis? Reservasjon til fordel for fengsling? .....	45
6.1.1	Oppsummering.....	46
6.2	Barns stilling som selvstendige rettssubjekter .....	46
6.2.1	Barnekonvensjonen art. 37 (D) .....	46
<b>7</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>49</b>
<b>8</b>	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>53</b>

# 1 Innledning

Fengsling av barnefamilier etter utlendingsloven<sup>1</sup> (heretter kalt utl.) er et administrativt tiltak.<sup>2</sup> Det er ikke en strafferettslig sanksjon, men medfører innskrenking av den personlige frihet, og familien plasseres på et lukket mottak på Trandum. Fengslingen har imidlertid mange straffeprosessrettslige preg. Dette til tross for at den ikke er ment som et onde da familien ikke er kriminell i straffelovens forstand.

En viktig side til problemstillingen er maktfordelingsprinsippet som handler om samspill mellom tre uavhengige institusjoner. Fengsling etter utlendingsloven illustrerer viktigheten av at både lovgivende-, utøvende- og dømmende myndighet utfyller sine lovpålagte roller. Montesquieus utgangspunkt med maktfordelingsprinsippet var at makt skulle stanse makt.<sup>3</sup> En begrensning av barns personlige frihet er et markant eksempel på maktbruk. Dersom en lov ikke i tilstrekkelig grad regulerer et inngripende tiltak, gir det større spillerom for den utøvende myndighet til å fatte beslutninger som ikke er lovstridige og domstolskontrollen blir svekket.

I avhandlingen fokuseres det på barnefamilier som har fått endelig avslag på asylsøknad. Problemstillingen er interessant av flere grunner. Barn som fengsles sammen med foreldre etter endelig avslag, er sårbare nettopp fordi de er barn. Barns sårbarhet tilsier økt behov for omsorg. Dessuten er de i Norge uten lovlig opphold, noe som begrenser deres muligheter til livsutfoldelse. Deres status som barn betyr imidlertid at de har krav på samme rettigheter som norske barn blant annet etter FNs konvensjon om barnets rettigheter av 1989 (Barnekonvensjonen, heretter kalt BK). Norge ratifiserte BK for 24 år siden. Barns rettigheter har utvilsomt blitt styrket siden den tid. I tillegg stiller Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (heretter kalt EMK) krav til utlendingsloven. Men sett fra myndighetenes synsvinkel byr ulovlig innvandring på spesielle utfordringer. Problemstillingen har fått mye internasjonal oppmerksomhet den siste tiden. Grunnlovsrevisjonen fra høsten 2014 fører også til en ny innfallsvinkel.

## 1.1 Aktualitet

Den nye regjeringen har satt i verk tiltak for økt retur av utlendinger.<sup>4</sup> Med denne utviklingen øker også risikoen for at flere barnefamilier blir fengslet. Dette har samtidig økt behovet for klargjøring av regelverket og dets forhold til annen lovgivning. I 2014 var det omfattende mediedekning av en sak om en toåring som hadde vært fengslet sammen med foreldrene i

---

<sup>1</sup> Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her 24.mai 1988 nr. 64

<sup>2</sup> Se tilsvarende Noas rapport (2015) s 9

<sup>3</sup> Tverberg (2014)

<sup>4</sup> Prop.1 S (2014-2015) s 16. Se tilsvarende PU Strategi 22.11.11

omtrent 11 uker.<sup>5</sup> Barneombudet, som er et statlig organ som engasjerer seg i saker vedrørende barn<sup>6</sup>, har gitt uttrykk for at barna i altfor stor grad behandles som ”foreldrenes bagasje” i disse sakene.<sup>7</sup>

Retten til personlig frihet er grunnleggende, men en moderne stats kontroll av individer nødvendigjør inngrep i visse tilfeller.<sup>8</sup> Derfor virker det riktig både samfunnsmessig og rettslig sett at personer som ikke har lovlig opphold i landet sendes tilbake til sine respektive land. Men rettsområdet gir staten myndighet til sterk innflytelse i utlendingens personlige liv, noe som betyr at offentlige beslutninger kan ha alvorlige følger for dem. Det er uansett visse rettsikkerhetsgarantier som må ivaretas. På bakgrunn av dette er det viktig at inngripende tiltak behandles i tilstrekkelig grad, er forsvarlige og ivaretar rettsikkerheten for så vel voksne som for barn på norsk jord.

### 1.1.1 Statistikk

Antall barn som ble fengslet i Norge i 2013 var 229 og i 2014 var tallet økt til 330. I kategorien asyl var det til sammen 82 barn som var fengslet i 2013 mot 250 året etter. Asylbarn utgjorde 36 prosent av alle fengslede barn i 2013 og 76 prosent i 2014.<sup>9</sup> Det vises til statistikken her for å tydeliggjøre aktualiteten. Det siste året har gjort problemstillingen ytterligere aktuell med økning i antall fengslede barn.

### 1.1.2 Hovedproblemstilling

I avhandlingen behandles problemstillingen om hvorvidt det følger en tilstrekkelig klar hjemmel for fengsling, forholdet til straffeprosessloven, samt en rettsdogmatisk (de lege lata) gjennomgang av de prosessuelle rettigheter for barn. Disse behandles i lys av Grunnloven av 1814<sup>10</sup>(heretter kalt Grl.) og Norges folkerettslige forpliktelser - Kan området betegnes som en juridisk gråsoner da forholdet til straffeprosessloven er uklar?

## 1.2 Avgrensning av problemstilling

Det er valgt å fokusere på situasjonen for barn som er i følge med foreldre, og som er under den kriminelle lavalder 15 år.<sup>11</sup> Det er ulike grunner til denne avgrensningen. Når det gjelder avgrensning av aldersgruppen kan det for det første sies at barns alder i alle de gjennomgåtte

---

<sup>5</sup> Brakstad (2014)

<sup>6</sup> Lov om barneombud av 06.03.1981 nr.5 §3

<sup>7</sup> Hustadnes (2014)

<sup>8</sup> Aall (2011) s 312

<sup>9</sup> Her er det vist til Noas-rapport (2015) s 18.Noas har innhentet statistikk fra PU

<sup>10</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17.mai 1814

<sup>11</sup> Alminnelig borgerlig straffelov 22.mai 1902 nr. 10 jf. §46

sakene (hvor alder er oppgitt), var under 15 år. Den eldste var 14 år.<sup>12</sup> En annen årsak til utvelgelsen er at norske barn i denne aldersgruppen er fritatt fengsling etter straffelovgivning. Utl. har derimot ingen aldersbegrensning, og av den grunn er det også interessant å problematisere situasjonen for denne gruppen. Videre er det tenkelig at rettighetene til medfølgende barn i realiteten blir oversett nettopp fordi de er sammen med sine primære omsorgspersoner. Men også deres unge alder er av betydning. Europeisk menneskerettighetsdomstol (EMD)<sup>13</sup> fremhevet i en sak hvor en femåring var fengslet, at hun tilhørte: "[...]the class of highly vulnerable members of society".<sup>14</sup>

Videre er det foretatt undersøkelser som viser at barn i følge med foreldre fengsles i større grad enn enslige mindreårige.<sup>15</sup>

Gjennomgåtte saker viser at det er avslag på asylsøknad som er dominerende. Det er i det følgende derfor avgrenset mot andre oppholdsgrunnlag. Under asyl, behandles ikke Dublin-saker. Behandlingen er kun begrenset til bokstav b første punktum. EU-retten er heller ikke behandlet i avhandlingen. Disse avgrensningene er gjort av plass-og kapasitetsmessige hensyn.

Det er valgt å avgrense mot pågrepelse som er et annet tvangsmiddel, men med nær sammenheng til fengsling som ofte blir en etterfølgende reaksjon. Begrunnelsen for avgrensningen er at pågrepelse skjer innen kort tidsrom. Pågripelsen ender ikke nødvendigvis på Trandum, da det hender at politiet pågriper familien med henblikk på å eskortere dem direkte til flyplassen. Det finnes en egen skånsomhetsregel for pågrepelse i straffeprosessloven av 1981 (heretter kalt strpl.) jf. §178<sup>16</sup>, og beslutningsmyndigheten ligger hos politiet. Det siste tilsier at det ikke er en like høy terskel for pågrepelse som for fengsling.

Bestemmelser etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1976 (SP) er ikke behandlet. Avgrensningen er primært gjort av hensyn til avhandlingens omfang.

---

<sup>12</sup> 14-128871ENE-OTIR/05 s 3

<sup>13</sup> EMD ble opprettet i 1959

<sup>14</sup> Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium (55) (avsnitt fra EMD-dommer er i det følgende satt i parentes)

<sup>15</sup> Husabø (2012) s 32

<sup>16</sup> Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22.mai 1981 nr. 25

## **2 Rettskilder**

### **2.1 Oversikt over rettskildebildet**

Avhandlingen reiser flere metodiske utfordringer. Lovteksten er forankringspunkt. Den sentrale lovteksten er utl.§106(1)bokstav b. Loven er lex-specialis på norsk rettsområdet for utlendinger. Ordlyden er imidlertid knapp om forhold som angår barn. Henvisning til strpl. er også behandlet. Forskrift om Politiets utlendingsinternat av 23.12.2009 utfyller bestemmelsen. Forarbeidene er også en rettskildefaktor nær knyttet til utl., og er viktig for å forstå lovens formål og bakgrunn.

Etter grunnlovsrevisjonen er det samtlige bestemmelser i Grl. som har gjennomslagskraft for spørsmålet om fengsling. Domstolene subsumerer den generelle ordlyden i lovteksten, og gir dermed også uttrykk for lovgivers intensjon. Domstolene har også en selvstendig rolle som rettsskapende instans.

Det finnes imidlertid ingen Høyesterettspraksis som behandler spørsmålet. Dermed finnes det ingen prejudikat i norsk rett for denne problemstillingen. Det nærmeste en kommer er kjennelser som ble forkastet av Høyesteretts ankeutvalg.<sup>17</sup> Et spørsmål i denne forbindelse er om dette er forsvarlig behandling, da siliingsordningen i ankeutvalget kan prioritere bort disse sakene? Muligens er dette årsaken til at problemstillingen ikke er behandlet av Høyesterett. Andre årsaker kan være at asylsøkere er en ressursmessig svak gruppe som har begrenset adgang til å kunne følge sin sak til Høyesterett. Mange vil uansett bli uttransportert, slik at en overprøvelse av beslutningen fra underinstansen uansett ikke vil være reell fordi familien ikke vil bli ansett for å ha rettslig interesse i saken. Det finnes imidlertid underrettspraksis som det er vist til.

Videre er det også vist til nordisk og engelsk juridisk litteratur som supplement, men disse er som kjent ikke rettslig bindende. Husabøs utredning (2012) og Noas-rapporten (2015) har også vært av opplysende betydning.

Utl.§1 presiserer Norges folkerettslige forpliktelser. Folkerett som rettskildefaktor er svært viktig for drøftelsen. Bestemmelsen gir uttrykk for at innvandringsregulering skal skje i samsvar med internasjonale forpliktelser. Det er derfor viktig at også tolkning av utl. samsvarer med folkerettslige rettskildefaktorer.<sup>18</sup> Enda klarere kommer dette til uttrykk ved utl.§3. Utl. sier uttrykkelig at den skal anvendes i samsvar og med de begrensninger som følger av folke-

---

<sup>17</sup> HR-2014-668-U, HR-2014-667-U

<sup>18</sup> Vevstad (2010) § 1 p.8 s 37

retten jf. §3. På utlendingsrettsområdet gjelder dermed sektormonisme. Det betyr at menneskerettigheter gjelder med umiddelbar virkning såfremt reglene styrker individets stilling.<sup>19</sup>

De konvensjonene som er fundamentale for behandling av avhandlingen er BK og EMK. BK er lex-specialis for barns rettigheter. Det er også vist til FNs høykommissær for flyktningers (UNHCR) retningslinjer og FN barnekomites generelle kommentar, som begge gjelder for Norge som medlemsland. Uttalelsene er soft law og er ikke rettslig bindende, men veier tungt i utlendingsmyndigheters avveining.<sup>20</sup> For UNHCRs del er utl. §98 sentral. Bestemmelsen presiserer Norges forpliktelse til å legge til rette slik at UNHCR kan føre tilsyn.

For BK og EMK følger det direkte av menneskerettsloven av 1999<sup>21</sup> §3 at disse konvensjonene går foran nasjonal lovbestemmelse ved motstrid. Det gjelder ingen klarhetskrav om motstriden.<sup>22</sup> Men for å avverge motstrid vil nasjonale domstoler ofte harmonisere regelen gjennom innskrenkende tolkning.

## **2.2 Metoden i norsk rett**

Det er sagt følgende i juridisk metodebok: ”En helt grunnleggende sontring når det gjelder rettsreglenes gjennomføring i praksis, er sontringen mellom sivile saker og straffesaker”.<sup>23</sup> Fengsling etter utl. er del av spesiell forvaltningsrett, men med straffeprosessuell fremgangsmåte jf. §106(3). Dette kompliserer rettskildebildet, og det er av den grunn valgt å kalle fengslingen et resultat av en juridisk gråsone siden fengslingen verken er en klar sivil- eller straffesak. Hvordan blir forholdet til utl’s status som lex specialis når så mange regler fra strpl. gjelder direkte på utl’s område gjennom en enkel henvisning? Denne problemstillingen er reist av Husabø.<sup>24</sup> Gjennomgangen i avhandlingen har hatt til hensikt å vise at det er betenkeligheter knyttet til dagens regelverk og praksis.

Avhandlingen har et rettsdogmatisk perspektiv, det vil si at spørsmålet behandles i lys av gjeldende regelverk. Juridisk fortolkning må her anvendes for å finne frem til lovgiverens meningsinnhold i utl. §106. Vag formulering i loven vanskeliggjør fortolkningen. For å løse tolkningsproblemet som følger av selve lovteksten må det ses på andre rettskildefaktorer. Ord-

---

<sup>19</sup> Ibid § 3 p.1 s 42

<sup>20</sup> UNHCRs retningslinjer er anvendt i Rt.2012-494, Rt.2009-1261. Barnekomiteens generell kommentar er behandlet i HR-2015-00206-A

<sup>21</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr.30

<sup>22</sup> Slått fast i Rt. 2000-996, presisert i Rt. 2002-557

<sup>23</sup> Fleischer (1998) kap.11 s 233

<sup>24</sup> Husabø (2012) p. 2.3



lyden må leses i sammenheng med hele bestemmelsen, lovens formål, rettspraksis, forarbeider og forskrift.

Grunnlovfestede menneskerettigheter har forrang fremfor utl. ved eventuell motstrid jf. lex-superior prinsippet.<sup>25</sup>

Grl.§26(1) hjemler den norske stats rett til å inngå internasjonale konvensjoner og traktater. I Norge gjelder det dualistiske prinsipp<sup>26</sup>, noe som betyr at folkerett og nasjonal rett anses som to ulike rettssystemer. Derfor må de folkerettslige forpliktelsene omformes til norsk rett for å kunne anvendes og ha direkte virkning i norsk rett. Dette er som tidligere nevnt gjort på utlendingsrettens område. Men ved en eventuell motstrid må folkerett vike for norsk rett. Tilfeller av motstrid modifiseres imidlertid i stor grad gjennom presumsjonsprinsippet.<sup>27</sup> Prinsippet innebærer at norsk rett tolkes i samsvar med folkeretten så langt det er mulig. I forarbeider fremgår det at utl.§ 3 er veiledende dersom det er folkerettslige kilder som taler til fordel for utlendingen:

”[...]Man skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås. Internasjonale regler som Norge er bundet av skal altså benyttes til tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning[...].Også folkerettslige soft law-prinsipper vil kunne ha betydning når norsk rett skal tolkes i lys av folkeretten”.<sup>28</sup>

Folkerett har en sterk rettskildevekt som rettskildefaktor.<sup>29</sup> Utl.§1 virker som en påminnelse på presumsjonsprinsippet.<sup>30</sup> Men BK og EMK gjelder både gjennom sektormonisme og menneskerettsloven.

Et generelt spørsmål som kan stilles er hvorvidt sektormonisme er av betydning i de tilfeller hvor konvensjonene uansett gjelder som norsk rett etter menneskerettsloven, og har forrang foran annen formell lovgivning. Et mulig svar er at disse konvensjonene opparbeider seg en form for dobbel beskyttelse fordi de både er ratifisert og inkorporert som norsk rett. Muligens burde dette føre til større ansvarsbevissthet hos medlemsstatene til å følge opp og overholde forpliktelser etter konvensjonene som er gjort til norsk rett.

---

<sup>25</sup> Fleischer (1998) kap. 4 s 69

<sup>26</sup> Vevstad (2010) § 3 p.1 s 41

<sup>27</sup> Se for eksempel Rt.2007 s 234 (avsnitt 54)

<sup>28</sup> Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) p.4.1.2

<sup>29</sup> Vevstad (2010) nettkommentar § 1 p.8

<sup>30</sup> Ibid

Samlet sett betyr dette at dersom utl.§106(1)bokstav b ikke er i samsvar med Grl. og folkerettslige forpliktelser, vil bestemmelsen måtte vike.

Det er begrenset rettspraksis som angår fengsling av barnefamilier. Når det gjelder rettspraksis som rettskildefaktor vil det ikke være tvil om at Høyesterettspraksis har prejudikatsverdi. Søk på Lovdata ga ingen treff på avgjørelser fra Høyesterett. Det forutsettes videre at det ikke finnes Høyesterettspraksis for spørsmålet. Det nærmeste er avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg. Utenom dette er det underrettspraksis som utgjør hovedmaterialet. De færreste fengslingskjennelser som angår barn etter utl.§106 er publisert på Lovdata. Referanser til kjennelser er derfor i hovedsak oppgitt ved personlig kontakt med advokater og PU. Oslo Tingrett tilrettela for søk i deres database, men søket ga ingen resultater da datasystemet deres ga 0 treff på søkeordet ”barn” i fengslingskjennelsene. Generell erfaring er derfor at rettspraksis er vanskelig tilgjengelig. Det er uheldig at domstolene ikke har klarere retningslinjer for arkivering av saker hvor barn fengsles med foreldre, noe som svekker synet på at barn blir ivaretatt under rettsprosessen.

### **2.3 Diskusjonen om vekten av underrettspraksis som rettskildefaktor**

Sammenlignet med Høyesterett anses underrettspraksis som en mindre autorativ kilde. Men dens relevans er åpenbar. Det som derimot er tvilsomt er dens vekt. Problemet er hvorvidt begrunnelsen som finnes i en kjennelse fra underinstansen skal kunne tillegges særlig vekt i det alminnelige rettskildebildet. For at underrettspraksis skal kunne brukes for å begrunne den gjeldende rettstilstand er det særlig viktig å behandle dens egen rettskildevekt.

Eckhoff er blant teoretikerne som har et positivt syn på underrettspraksis. Han mener den kan brukes som argument for et standpunkt, selv om den ikke kan virke som prejudikat.<sup>31</sup> Den kan dermed ha vekt i kraft av sin argumentasjonsverdi. Upubliserte avgjørelser og mangel på tilgjengelighet er derimot trukket frem som motargumenter av Fleischer, som mener at underrettspraksis ikke kan anses som en rettskildefaktor. Særlig begrunner han det med at det er knyttet vilkårlighet til hvilke avgjørelser som publiseres. Han mener de ikke bør ha betydning for andre enn dem som er part i saken.<sup>32</sup> Om avgjørelsene skulle være tilgjengelig på Lovdata vil i følge Fleischer ikke endre situasjonen.<sup>33</sup>

Men saken står likevel annerledes der kjennelsene utgjør en entydig praksis. Slik tilfellet er for avhandlingens tema; et visst antall kjennelser peker i samme retning. Her vil den rettskildemessige vekten stå mye sterkere. Den står særlig sterk fordi det ikke foreligger noen Høyesterettspraksis.

---

<sup>31</sup> Eckhoff (2001) kap.7 s 171

<sup>32</sup> Fleischer (1998) kap.14 s 269-270

<sup>33</sup> Ibid

terettspraksis. Avgjørelsene viser at de sjelden påankes. I avhandlingen følges oppfatningen om å anse underrettspraksis som en rettskildefaktor da dette synspunktet også fremmes på det juridiske studium. Ved å anse underrettspraksis som en rettskildefaktor følger det samtidig en forpliktelse til å ta denne rettskildefaktoren med i vurderingen.

Det er vist til kjennelser fra ting- og lagmannsrett i avhandlingen for å belyse hvordan saker med denne problemstillingen behandles av rettssystemet. De gjennomgåtte fengslingskjennelsene er fra 2014 og gjelder avslag i asylsaker. Gjennomgang av til sammen 20 fengslingskjennelser viser at retten kun i én av de gjennomgåtte sakene kommer til at det er uforholdsmessig å fengsle medfølgende barn. Det gjaldt riktignok en Dublin-sak som det er avgrenset mot i avhandlingen, men rettens vurdering er illustrerende.

## **2.4 Metoden i folkerett**

### **2.4.1 Generelt**

En bestemmelse om fengsling kan eksistere så fremt det ikke finnes noen folkerettslige forbud. Konvensjon er den viktigste rettskilden på menneskerettighetsområdet.<sup>34</sup> Den gir individet, rettigheter i forhold til staten og det er derfor viktig å forstå folkerettslig metodelære for riktig anvendelse av konvensjonsteksten. Metodelæren for konvensjoner er særlig annerledes enn vanlig nasjonal rettskildelære fordi partsforholdet gjelder mellom stater og konvensjonen er resultat av forhandlinger mellom statene.<sup>35</sup> Siden Norge har sluttet seg til BK og EMK vil disse anvendes ved tolkning.

En overordnet rettskilde for traktater og konvensjoner er Wien-konvensjonen.<sup>36</sup> Norge er ikke konvensjonspart, men mange av konvensjonens bestemmelser gir uttrykk for folkerettslig sedvane som Norge er forpliktet til å følge.<sup>37</sup> Særlig er Wien-konvensjonen viktig for tolkning, og hovedregelen følger av art. 31(1) som sier at det skal tas utgangspunkt i ordlyden, i tillegg skal dens "object and purpose" vektlegges. Det sistnevnte følger av konvensjonens fortale. Dette begrunnes særlig med suverenitetsprinsippet, og betyr at statene ikke har forpliktet seg til mer enn det som følger av konvensjonen.<sup>38</sup> Det skal også tas hensyn til praksis jf.art.31(3). Forarbeider står nevnt i art. 32, men har begrenset betydning sammenlignet med lovtolkning i norsk rett. Etter art.31 skal ordenes vanlige betydning legges til grunn.

---

<sup>34</sup> Høstmælingen (2012) s 89

<sup>35</sup> Ibid s 91

<sup>36</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969

<sup>37</sup> Anvendt i Rt.2012-494. Se tilsvarende Høstmælingen (2012) s 92

<sup>38</sup> Høstmælingen (2012) s 93

Konvensjonene har egne tolkningsprinsipper og gjennomføringsorganer. Derfor er de tildelt egen plass i avhandlingen.

#### 2.4.2 Barnekonvensjonens betydning

BK ble vedtatt i 1989, og Norge ratifiserte den i 1991. Konvensjonen gjelder for alle barn. BK utgjør det mest sentrale grunnlaget i folkerett hva gjelder barns menneskerettigheter. Konvensjonen er en komplett samling av rettigheter og styrker barns posisjon i tilfeller hvor det oppstår konflikt med nasjonal lovgivning. Hensikten med inkorporasjonen i menneskerettsloven har vært å styrke barns rettigheter i norsk rett.<sup>39</sup> Nasjonal lovgivning inneholdt sannsynligvis svakheter som nødvendiggjorde inkorporering. BK skal virke utfyllende for disse svakhetene jf. art.41.

Nylig har Somalia ratifisert BK. USA og Sør-Sudan er nå de eneste landene som ikke har ratifisert BK.<sup>40</sup> I dag viser 195 lands ratifisering at konvensjonen er universell.

#### 2.4.3 Metode for tolkning av Barnekonvensjonen

Naturlig utgangspunkt er konvensjonsteksten i art. 37 (b), som er den viktigste internasjonale bestemmelsen i denne sammenheng. I tillegg vil grunnprinsippene i art.2, art. 3 og art.12 bli behandlet.

Det fremgår av forarbeidene til menneskerettsloven at rettskildebruken til samtlige håndhevingsorganer vektlegges.<sup>41</sup> FNs barnekomité<sup>42</sup> avgir som konvensjonens håndhevingsorgan generelle kommentarer(det avgrenses mot individuelle klagesaker). Her vies derfor plass til spørsmålet om hvilken vekt Barnekomiteens uttalelser har som rettskildefaktor i folkeretten. Det må foretas en normativ vurdering av vekten. Det som er ganske tydelig er at konvensjonsorganet ikke kan avsi rettslig bindende avgjørelser jf. art.45(d).

Barnekomiteens gjennomføringsmekanisme og relevans som rettskildefaktor fremgår av art. 43. Komiteen fører tilsyn med den nasjonale etterlevelsen av konvensjonen. Tilsyn er særlig viktig fordi det ikke finnes noe sanksjonsapparat for krenkelse av BK. Komiteen består av eksperter på området jf. art. 43(2).

Komiteen er opprettet i hensikten ”of examining the progress made by States Parties in achieving the realization of the obligations undertaken in the present Convention[...].” jf. art. 43(1).

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s 24

<sup>40</sup> FNs nettside <http://www.fn.no/Aktuelt/Nyheter/Somalia-har-ratifisert-Barnekonvensjonen>

<sup>41</sup> NOU 2008:15 s 99

<sup>42</sup> Committee on the Rights of the Child (CRC)

Deres viktigste virkemiddel er statsrapportene jf. art. 44. Generell kommentar bygger på statsrapportene. Relevansspørsmålet er ikke særlig omstridt her da det er rimelig klart at kommentarene vil ha betydning som rettskilde. Det rettes derimot fokus mot vektspørsmålet som normalt sett er problematisk.<sup>43</sup>

Den internasjonale domstolen (ICJ)<sup>44</sup> anses for å være FNs juridiske hovedorgan, og ble opprettet i 1945.<sup>45</sup> Domstolen behandlet Diallo-saken<sup>46</sup> i 2010. I saken legges det ”great weight”<sup>47</sup> på praksis (generelle kommentarer og individuelle klagesaker) fra FNs menneskerettskomité. Domstolen kommer til at de bør tillegges betydelig vekt fordi komiteen ”was established specifically to supervise the application of that treaty”.<sup>48</sup> Samtidig uttales det at de ikke er forpliktet til å basere sin tolkning på komiteens tolkning jf. ”in no way obliged”.<sup>49</sup> Men ved å legge betydelig vekt på praksis vil konvensjonsstaten kunne oppnå nødvendig klarhet.<sup>50</sup>

Avgjørelsen viser at praksis fra konvensjonsorganer er relevant rettskilde og de tillegges betydelig vekt på området for internasjonale menneskerettigheter. Det er viktig å bemerke at det er variasjoner i de ulike FN konvensjonsorganer. Diallo-saken gjaldt riktignok Menneskerettskomiteens praksis, og det er ingen garanti for at praksis fra Barnekomiteen vil tillegges tilsvarende vekt, men det gir likevel en viktig pekepinn på internasjonale domstolars syn. Dette er formulert slik av Ulfstein (2012):

”Diallo-saken gir ikke nødvendigvis veiledning om hvilken vekt avgjørelser fra andre konvensjonsorganer [...] bør tillegges. Men begrunnelsen ICJ ga for å legge vekt på denne komiteens avgjørelser rekker like langt i forhold til andre konvensjonsorganer, nemlig at de er opprettet for å overvåke konvensjonsforpliktelsene, og at vektlegging av deres avgjørelser vil fremme ”clarity”, ”consistency” og ”legal security”.<sup>51</sup>

En svakhet med kompetansen til Barnekomiteen er at den ikke er sammensatt av mange jurister, sammenlignet med menneskerettskomiteen hvor jurister dominerer.<sup>52</sup> Men hovedvekten bør likevel legges på konvensjonsorganets funksjon, og når funksjonene er de samme for or-

---

<sup>43</sup> Eckhoff (2001) behandler spørsmålet inngående i boka

<sup>44</sup> International Court of Justice (ICJ)

<sup>45</sup> <http://www.fn.no/Tema/Folkerett/Folkerettslige-domstoler/Den-internasjonale-domstolen-ICJ>

<sup>46</sup> ICJ Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo

<sup>47</sup> Ibid (avsnitt 65-66)

<sup>48</sup> Ibid (avsnitt 66)

<sup>49</sup> Ibid

<sup>50</sup> Ibid. Se tilsvarende Ulfstein (2012) s 554

<sup>51</sup> Ulfstein (2012) s 555

<sup>52</sup> Ibid

ganene bør det ikke gjøres forskjell.<sup>53</sup> Oppsummeringsvis kan det sies at generelle kommentar ikke er rettslig bindende, men mye taler for at de har en betydning og bør vektlegges ettersom medlemsstatene følger og praktiserer i henhold til dem.

#### 2.4.3.1 Barnekomiteens betydning i norsk rett

Realisering av rettigheter skjer på nasjonalt plan.<sup>54</sup> Det følger ingen klar forpliktelse til å følge komiteens uttalelser av BK, noe som i utgangspunktet burde tilsi at de har liten vekt. Norske domstoler er imidlertid forpliktet til å følge den folkerettslige rettskildelære her fordi BK er inkorporert i norsk rett.<sup>55</sup> Siden det ovenfor er sagt at komiteens uttalelser er relevant som rettskilde og vektlegges, skal norske domstoler tillegge rettskilden tilsvarende vekt.

Det står generelt om uttalelser fra konvensjonsorganer i forarbeider til menneskerettsloven.<sup>56</sup> Med andre ord følger det ingen klare føringer om den rettskildemessige statusen her. Det neste steget blir derfor å se på nasjonale domstolars anvendelse av komiteens uttalelser.

Ashok-saken (Rt.2009-1261) er særlig relevant her. Den handler om betydningen av Barnekomiteens generell kommentar. Saken gjaldt riktignok annet tema innenfor utlendingsretten. Men saken ble tolket i lys av BK art. 3, og det var i den forbindelse vist til generell kommentar (nr.6). Dommen ble avsagt under dissens (4-1). Innledningsvis sies det at generelle kommentarer ikke er bindende.<sup>57</sup> Etter en inngående tilnærming til metoden uttaler flertallet seg om rettskildevekten i et obiter dictum. Det er obiter dictum fordi retten kommer til at det er til barnets beste å bli returnert til hjemlandet.<sup>58</sup> Høyesterett går dermed ikke konkret inn i vurdering av vektspørsmålet. Det er imidlertid brukt mye plass på kommentaren i dommen. Uttalelsen i avsnitt (43 og) 44 taler for at de generelle kommentarer skal tillegges betydelig vekt under den forutsetning at det foretas en konkret vurdering.

Før denne saken har Høyesterett i to saker vurdert og tillagt lignende uttalelser stor vekt jf. Dar-saken (Rt.2008-513) og Ankenektelsessaken (Rt.2008-1764). I den sistnevnte sak samsvarte Høyesteretts vurdering av menneskerettskomité, ICJs resultat i Diallo-saken om at uttalelsene skal tillegges betydelig vekt<sup>59</sup> (men saken gjaldt individuelle klagesaker).

---

<sup>53</sup> Ibid

<sup>54</sup> Høstmælingen (2012) s 110

<sup>55</sup> ibid

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 3 (1998-99) s 68

<sup>57</sup> Rt. 2009-1261 (avsnitt 40-41)

<sup>58</sup> Ibid (avsnitt 43-44)

<sup>59</sup> Ulfstein (2012) s 555

Det blir anvendt ulike tilnærmingsmåter i dommene. Dar-saken og dissenterende dommer i Ashok-saken behandler spørsmålet etter en selvstendig folkerettslig tilnærmingsmetode. Mens i Ankenektelsessaken og flertallet i Ashok-saken refererer til de norske forarbeider, og til det forarbeidene sier om den rettslige betydningen av komiteens praksis. Den sistnevnte tilnærmingsmetoden er kritisert i juridisk litteratur.<sup>60</sup>

Til forskjell fra EMD har Barnekomiteen kun rådgivende myndighet. Uttalelsene har ikke samme rettskildemessig tyngde.<sup>61</sup> Inntil nylig fantes det ikke noen organ som saker kunne klages inn til. I 2014 ble FNs klageordning for barn derimot opprettet.<sup>62</sup>

## **2.5 EMDs fortolkning av EMK og forholdet i norsk rett**

For spørsmålet om fengsling og menneskerettigheter er EMK en viktig folkerettslig ramme, og har derfor sin særlige plass i drøftelsen. Konvensjonen retter seg mot ”alle” innenfor medlemstatens jurisdiksjon jf. EMK art.1. Konvensjonen er et dynamisk folkerettslig instrument, og utvikles i utgangspunktet av EMD.<sup>63</sup> Den sentrale bestemmelsen som setter skranke for fengsling følger av EMK art.5(1). I bokstav a til f følger en uttømmende liste over lovlige grunnlag for fengsling og annen frihetsberøvelse. Fengsling av utlendingsrettslig formål følger av bokstav f, og er derfor et vesentlig punkt i avhandlingen.

Til tross for at BK har større geografisk oppslutning, har EMK et konvensjonsorgan som avgir rettslig bindende avgjørelser. EMDs bindende virkning forsikrer en rettsenhetlig forvaltning av konvensjonen jf. art.19 og 46. Det gjør at EMK er den internasjonale rettskilden som er mest relevant og anvendelig for menneskerettighetsbrudd.

EMD behandler statsklager og individualsaker. Den sistnevnte er mest populær.<sup>64</sup> Det er hevdet i juridisk litteratur at EMD er det mest anvendte internasjonale klageorganet for Norge.<sup>65</sup> Derfor er det svært viktig å se hen til EMD-praksis. Den juridiske metode kan avklares ved å studere argumentasjonen i EMD-praksis.

I Bankovic saken tillegges blant annet Wien-konvensjonen betydning ved tolkning av EMK.<sup>66</sup> EMD søker:

---

<sup>60</sup> Ulfstein (2012) s 566

<sup>61</sup> Høstmælingen (2012) s 98

<sup>62</sup> FNs nettside <http://www.fn.no/Aktuelt/Nyheter/Norske-barn-faar-ikke-klage-til-FN>

<sup>63</sup> Rt.2005-833 behandler grunnleggende tolkningsprinsipp(avsnitt 45). Se tilsvarende Vevstad (2010) p.3 s 47

<sup>64</sup> Høstmælingen (2012) s 84

<sup>65</sup> ibid

<sup>66</sup> EMD Bankovic and Others v. Belgium etc. (55)

”[T]he ordinary meaning to be given to the phrase ‘within their jurisdiction’ in its context and in the light of the object and purpose of the Convention[...].”

”[...]any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”.<sup>67</sup>

EMD viser her metodisk fremgangsmåte, hvor konvensjonens formål og etterfølgende praksis, vektlegges. Videre slås det fast at også forarbeider kan vektlegges.<sup>68</sup>

Når det gjelder tidligere rettspraksis sier EMD i Goodwinsaken<sup>69</sup> at de ikke er bundet av tidligere avgjørelser. Men det er viktig å ivareta:

”[...]legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases”.<sup>70</sup> Dermed er deres tidligere praksis relevant og vektlegges.

I Goldersaken<sup>71</sup> er betydningen av fortalen synliggjort:

”[...]the preamble is generally very useful for the determination of the «object» and «purpose» of the instrument to be construed”.<sup>72</sup>

### 2.5.1 Hvilken vekt tillegges EMK og EMD i norsk rett?

Konvensjonen gir utlendinger rettigheter og begrenser muligheten for bruk av tvangsmidler fra myndighetenes side. EMK representerer viktig rettssikkerhetsgaranti for så vel voksne som for barn. I siste instans bestemmes konvensjonens innholdet av EMD. Dette står i kontrast til Grl.§88 som sier at Høyesterett dømmer i siste instans. I juridisk litteratur er det henvist til tre måter som Høyesterett tidligere har anvendt, og som har redusert EMKs betydning:” [...] En måte er å stille krav om klarhet til en regel som bygger på EMDs praksis, før den får konsekvenser for norsk rett[...].En annen måte er ved å la den nasjonale skjønnsmargin[...].gi handlefrihet for staten[...].En siste måte er å bruke norsk metode og verdigrunnlag som begrensingsmekanismer mot dynamisk tolkning.”<sup>73</sup> Det er reist kritikk mot disse i litte-

---

<sup>67</sup> ibid (55-58)

<sup>68</sup> ibid (58)

<sup>69</sup> EMD Christine Goodwin v. the United Kingdom

<sup>70</sup> Ibid (74)

<sup>71</sup> EMD Golder v. the United Kingdom

<sup>72</sup> Ibid (34)

<sup>73</sup> Andenæs/Bjorge (2001) s 252



raturen, hvor de omtales som ”filtre i forsvaret mot menneskerettene”.<sup>74</sup> Disse tre måtene er imidlertid avklart og avvist av Høyesterett senere, som har behandlet flere saker etter EMK.<sup>75</sup>

Dette betyr at Høyesterett må forholde seg til EMD, alminnelige formålsbetraktninger og dens praksis. EMD-praksis bygger på et stort antall avgjørelser om hvordan bestemte rettsspørsmål skal behandles om tolkning av EMK, og som danner grunnlag for presedens. Høyesterett har avsagt flere avgjørelser hvor metoden og forholdet til EMK er drøftet.<sup>76</sup> Høyesterett vil tillegge EMDs avgjørelser større vekt enn praksis fra Barnekomiteen, da de er rettslig bindende.

EMDs betydning er beskrevet slik i juridisk litteratur:

”[...]EMD er den klart viktigste juridiske fortolkeren av menneskerettighetskonvensjonene, ikke bare på grunn av sin nær enerådende stilling som domstol, men også fordi EMD avgjør svært mange saker hvert år og har etablert et stort sekretariat”.<sup>77</sup>

Ingen norsk sak om utl.§106 har vært realitetsbehandlet i EMD. Det tas videre forbehold om dette. Norge har imidlertid hatt mange utlendingssaker til behandling i EMD, hvor tema har vært retur/ utsendelse. I avhandlingen nevnes imidlertid saker fra andre europeiske land som har vært behandlet av EMD, og som angår avhandlingens tema. Samlet sett kan det sies at EMK og EMD-praksis er relevante og tillegges betydelig vekt i norsk rett. I fremstillingen blir følgelig folkerett en viktig rettskildefaktor for lesning og forståelse av den norske hjemmelen for fengsling av medfølgende barn.

---

<sup>74</sup> Ibid s 253

<sup>75</sup> Ibid s 286. Se tilsvarende Rt.2000-996 (hvor klarhetskravet ble forlatt), Rt.2004-1737 (nasjonal sikkerhetsmargi ikke anvendt) og Rt.2008-1764 (norske verdiprioritering ikke brukt for å begrense EMK)

<sup>76</sup> Se bla. Rt.2005-833 (avsnitt 45-47). Dommen inneholdt imidlertid synspunkter om norsk verdiprioritering som ikke er fulgt opp i senere Høyesterettspraksis.

<sup>77</sup> Høstmælingen (2012) s 107

### **3 Avhandlingens oppbygging**

Grunnlovens regler har forrang fremfor all annen lovgivning i kraft av sin status som lex-superior, derfor behandles grunnlovens bestemmelser innledningsvis, og videre behandles de internasjonale forpliktelser etter BK og EMK. Deretter følger en drøftelse av bestemmelsen i utlendingsloven.

## **4 LEGALITETSPRINSIPPET**

### **4.1 Innledning**

Legalitetsprinsippet innebærer at enhver offentlig myndighetsutøvelse må ha hjemmel i lov for å foreta inngrep i individenes rettssfære. Blant de tilfeller som krever hjemmel i lov, er strafferett desidert det aller viktigste rettsområdet. Begrunnelsen er at illeggelse av fengsling er et inngripende tiltak. Fengsling av barn etter utl. er utvilsomt inngripende, til tross for at det ikke er ment som straff. Men tiltaket utgjør en reell krenkelse av barns personlige frihet. Til tross for at Trandum har sivilrettsligpreg så er det per definisjon et fengsel da avdelingen har celler og området er inngjerdet. I en av fengslingskjennelsene fremgår det følgende om innesperringen: "Familien er innelåst fra kl. 20.00 om kvelden til kl. 8.00".<sup>78</sup> Det er klare begrensinger i bevegelsesfriheten, og det føres streng tilsyn.<sup>79</sup>

Tidligere var menneskerettighetene fastslått gjennom Grl. §110c som ga myndighetene ansvar for overholdelse av menneskerettigheter, senere ble bestemmelsen fulgt opp av menneskerettsloven.<sup>80</sup> Menneskerettskonvensjonenes status som norsk rett gir uttrykk for Norges lojale gjennomføringsmåte av menneskerettigheter.<sup>81</sup>

### **4.2 Grunnlovsfestet legalitetsprinsipp**

#### **4.2.1 Grunnloven § 113**

En side av legalitetsprinsippet er at maktavere i stor grad er avhengig av lovgivning når det gjelder å treffe avgjørelser som skal ha rettsvirkning overfor det enkelte individ. I saker etter utl.§106(1) bokstav b går man veien om foreldrene og begrunner fengslingen med unndragelsesfaren knyttet til dem. Dermed har fengslingen av foreldrene en avledet rettsvirkning ovenfor barn. Hvilken betydning har det? Spørsmålet behandles nedenfor.

Tidligere har personlig frihet som rettssikkerhetsgaranti ikke vært utformet i Grl. annet enn i bestemmelse som angikk strafferettens område (§96). Frihet er en grunnleggende menneske-

---

<sup>78</sup> 14-050071SAK-BORG/04 s 4

<sup>79</sup> Hovedinstruks for Politiets Utlendingsenhet 15.11.2012

<sup>80</sup> Høstmølingen (2012) s 352

<sup>81</sup> Ibid s 353

rettighet, det må derfor gode grunner til for å innskrenke den. Offentlig myndighetsinngrep i form av fengsling er kontrasten her. Det må imidlertid i enhver rettstat måtte påregnes en viss maktutøvelse overfor individer, men det stilles krav om at offentlig myndighetsutøvelse er pålagt en legitimering av sine handlinger i lov. De norske myndigheter er forpliktet til å overholde denne plikten, da den er grunnleggende i en demokratisk stat jf. Grl.§2 annet punktum.

I 2014 ble menneskerettigheter innført i eget kap. E i Grl. Hensikten har vært å ajourføre Grl. til dagens samfunnsverdier.<sup>82</sup> Legalitetsprinsippet ble innført i skriftlig form jf.Grl.§113: ”Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov”.

Tidligere fremgikk prinsippet av konstitusjonell sedvanerett. Høyesterett har sagt at det generelle legalitetsprinsipp i §113 fremmer forutberegnelighet samtidig som den:

”[...] legger til rette for at enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven §98(1) som slår fast at ”alle er like for loven”.<sup>83</sup>

Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grl. §75a og den demokratiske ideen bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos folkevalgt nasjonalforsamling.<sup>84</sup>

At myndighetshandlinger krever hjemmel i lov, vil si formell lov som er vedtatt av Stortinget etter reglene i Grl.§76. Myndighetskompetansen kan også fremgå av forskrift gitt i medhold av en formell lov.<sup>85</sup> Hensikten er at handlingen eller beslutningen skal kunne følges tilbake til en formell lov. Dette viser at det følger snevrere legalitetsprinsipp etter norsk rett sammenlignet med EM jf. punkt 4.4.

Rettsstaten kjennetegnes ved at makthaverne kun kan styre individer gjennom hjemmel i lov. Legalitetsprinsippet er dermed en bærebjelke for rettsstatsidealet. Prinsippet har også nær tilknytning til folkesuverenitetsprinsippet, hvor de folkevalgte er ment å styre på bakgrunn av forutsigbar lovgivning som er basert på folkeflertallets vilje.<sup>86</sup> Det at legalitetsprinsippet nå er grunnlovsfestet, samsvarer i stor grad med at prinsippet allerede har et internasjonalt menneskerettighetsvern. Det følger blant annet av fortalen til EMK.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Dok.nr 16 (2011-2012) s 61

<sup>83</sup> Rt. 2014-1105 (avsnitt 26)

<sup>84</sup> Ibid

<sup>85</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s 247

<sup>86</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s 248

<sup>87</sup> EMKs fortale. Se tilsvarende Dok.nr. 16 (2011-2012) p.41.4 s 248

#### 4.2.2 Grunnloven § 94

Etter Grl. § 94 skal ingen fengsles uten hjemmel i lov. Fengslingen må være nødvendig og ikke uforholdsmessig inngrep. Den pågrepne skal fremstilles snarest for en domstol. Det er sagt følgende i forarbeider om det at:

”[...]lovhjemmel i noen tilfeller ikke vil være tilstrekkelig for inngrep i den enkeltes frihet, først og fremst fordi det også må tas hensyn til øvrige menneskerettigheter, fratar ikke legalitetsprinsippet dets viktige funksjon som et absolutt krav om at lovhome- mel må foreligge før det kan gjøres inngrep i den enkeltes rettssfære”.<sup>88</sup>

Menneskerettighetsutvalget mente det var behov for å formalisere prinsippet om krav til myndighetsinngrep som ellers var ansett som konstitusjonell sedvanerett utenfor strafferettens området.<sup>89</sup> De utformet derfor bestemmelsen §94<sup>90</sup> som senere ble fremmet.<sup>91</sup> Bestemmelsen følger modellen for EMK art. 5.<sup>92</sup> Fengsling eller frihetsberøvelse etter bestemmelsen er nå utvidet til også å gjelde fengsling etter utlendingsloven:

”[...]Enhver frihetsberøvelse må ha lovhome- mel[...].Utenfor straffeprosessloven finnes bestemmelser om frihetsberøvelse i utlendingsloven”.<sup>93</sup>

Lovskravet er nå grunnlovsfestet for fengsling etter utlendingsloven. Uttalelsene forstås slik at lovgiver her ønsker å gi et styrket frihetsvern som er blant de viktigste rettssikkerhetsgarantiene i det norske samfunnet. Grunnlovsvernet skal hindre uberettiget fengsling. Nå er det viktig å bemerke at begrensninger i bevegelsesfriheten for asylsøkere også følger i andre tilfeller enn fengsling jf. utl. §§93(4),95(1) og 105. Men fengsling innebærer begrensninger av en helt annen karakter. Her vil det påpekes at endringen også har forbindelser til maktfordelingsprinsippet. Endringen viser at domstolenes virksomhet blir begrenset gjennom innføring av denne bestemmelsen på grunnlovsnivå. Det skal en del til før domstolene kan begrense menneskerettigheter som er fastsatt i Grl. Men hvilken betydning har grunnlovsrevisjonen, og hvilke kvalitets- og klarhetskrav stilles til den sivile tvangshjemmel i utl. §106 bokstav b?

Høyesterett uttalte følgende om Grl. §94 i en straffeprosessak:

”[...]uhjemlet frihetsberøvelse er uforenlig med Grunnloven §94, EMK artikkel 5[...]”.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> Ibid s 248

<sup>89</sup> Innst. 186 S (2013-2014) p. 2.1.12 s 32

<sup>90</sup> Dokument nr.16 (2011–2012) s 116

<sup>91</sup> Innst. 186 S (2013-2014) s 4

<sup>92</sup> Dokument nr. 16 (2011–2012) s 116

<sup>93</sup> Innst.186 S (2013-2014) s 23

Grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet og motarbeidelse av vilkårlig fengsling vil etter Menneskerettsutvalgets oppfatning innebære:

[...]et krav til myndighetenes anvendelse av rettsreglene og til innholdet i lovhjemlene.<sup>95</sup> Det fremgår dermed et klarhets-og presisjonskrav for å beslutte fengsling mot utlendinger jf. Gr.l.§94.<sup>96</sup>

#### 4.2.3 Grunnloven § 104

En egen bestemmelse om barns rettigheter kom inn ved grunnlovsrevisjon i 2014. Begrunnelsen for å sette inn bestemmelsen er formulert slik av Kontroll- og konstitusjonskomiteen:

”[...]Tross Norges status som foregangsland nettopp for barns rettigheter har Norge ikke villet anerkjenne individuell klageadgang under Barnekonvensjonen, blant annet med den begrunnelse at vi ivaretar barns rettigheter godt nok her hjemme. Dette resonnementet vil fremstå som inkonsekvent dersom Norge ikke nå beskytter barns rettigheter i Grunnloven”.<sup>97</sup>

Gr.l.§104(2) fastsetter barnets beste som grunnleggende prinsipp. Den tilsvarende BK art.3(1).<sup>98</sup> Det vises til Høyesterettsdom om grunnlovsbestemmelsen.<sup>99</sup>

Under grunnlovsrevisjonen ble det tatt opp som eget forslag å innføre en grunnlovsfestet bestemmelse om frihetsberøvelse av barn, men kom til at det ikke ville være nødvendig. Følgende ble sagt om §104: ”[...]eget vern om barns personlige integritet i egen barnebestemmelse bør være en tilstrekkelig påminnelse om at frihetsberøvelse av barn så langt som mulig bør unngås”.<sup>100</sup>

### 4.3 Hvilke vilkår følger av Barnekonvensjonen?

#### 4.3.1 Beskytter alle barns rettigheter

BK gjelder for alle barn innenfor Norges jurisdiksjon jf. art. 2(1). Barns fysiske og psykiske umodenhet tilsier at de bør ha rett til særskilt omsorg, og må vernes mot unødig tvangsbruk fra myndighetene.<sup>101</sup>

---

<sup>94</sup> Rt. 2014-1102 (avsnitt 16)

<sup>95</sup> Dokument 16 (2011-2012) s 248

<sup>96</sup> Noas rapport (2015) p. 6.1.1.1 s 101

<sup>97</sup> Innst. 186 S (2013-2014) s 29

<sup>98</sup> Dok.16 (2011-2012) s 192

<sup>99</sup> HR-2015-00206-A (avsnitt 64), hvor retten kommer til at generell kommentar nr.14, som er naturlig utgangspunkt for tolkning av BK art.3(1) også kan anvendes ved tolkning av Gr.l.§104(2)

<sup>100</sup> Dok. 16 (2011-2012) s 117

<sup>101</sup> Fortalen til BK (7.avsnitt)

Visse grupper vil alltid være mer utsatt enn andre i samfunnet. Asylbarn uten lovlig opphold i Norge er definitivt en av de sårbare gruppene som har behov for særskilt oppfølging og omsorg, og har svekket rettssikkerhet.<sup>102</sup> Fengsling på Trandum blir for svært mange barn siste stopp før utsendelse. Norges inkorporasjon av BK har vært et viktig grunnlag for ivaretagelse av utenlandske barns rettigheter og rettssikkerhet.

#### 4.3.2 Barnekonvensjonen art. 37(B)

Barn er alle under 18 år jf. art 1. Tilsvarende definisjon følger av norsk lovgivning. Art.37 behandler rettigheter for barn som er fengslet. Bokstav b til d omhandler konvensjonsbaserte rettigheter for barn. Den sentrale bestemmelsen som angår legalitetsprinsippet er art. 37(b).

Etter BK art. 37(b) fremgår et grunnprinsipp om at ingen barn skal fengsles ulovlig eller vilkårlig. Motsatt kan det sies at BK ikke forbyr fengsling av barn, men det forutsettes lovlig fremgangsmåte. Fengsling skal kun anvendes som siste mulige utvei og skal brukes for kortest mulig tidsrom. Ordlyden ”conformity with the law” i art.37(b) viser at det gjelder et lovskrav.<sup>103</sup> Krav om lovhjemmel er viktig ut fra konvensjonens formål og fortalen, nemlig å ivareta barns rettigheter på ulike livsområder. I dette tilfellet skal fengsling som nevnt hindre vilkårlig fengsling og myndighetsutøvelse. Lovskravet er bekreftet av Barnekomité’s generelle kommentar nr.10:

”The law should clearly state the conditions that are required to determine whether to place or keep a child in pretrial detention”.<sup>104</sup>

Kommentarene gjelder også for barn som fengsles på utlendingsrettslig grunnlag:

” Note that the rights of a child deprived of his/her liberty, as recognized in CRC, apply with respect to children in conflict with the law, and to children placed in [...] immigration institutions”.<sup>105</sup>

Det bemerkes her at art.37 i hovedsak gjelder for barn som er mistenkt eller siktet for straffbare handlinger.<sup>106</sup> Men bestemmelsen bygger på SP art.9, og skal være anvendelig på alle for-

---

<sup>102</sup> Noas – Retur uten rettssikkerhet (2013)

<sup>103</sup> (Se tilsvarende NOU 2008:15 p. 7.3.2.5 s 105. Og Husabø (2012) p. 5.1 s 25)

<sup>104</sup> FNs barnekomité genrell kommentar nr. 10 s 22 (avsnitt 80)

<sup>105</sup> Ibid s 5 (fotnote 1)

<sup>106</sup> (Se tilsvarende Prop. 135 L (2010-2011) p. 2.3 s 13)

mer for fengslinger/ frihetsberøvelser og ikke bare den som finner sted som følge av strafferettslig forfølgelse.<sup>107</sup>

#### 4.3.2.1 UNHCRs retningslinjer

I denne sammenheng vises det også til UNHCRs retningslinjer som er anvendelig her:

”Any deprivation of liberty that is not in conformity with national law would be unlawful, both as matter of national as well as international law.”<sup>108</sup>

Med dette konstateres lovskravets rekkevidde. Om nærmere utdypelse av lovskravet er følgende sagt:

”Detention laws must conform to the principle of legal certainty. This requires, *inter alia*, that the law and its legal consequences be foreseeable and predictable[...].Explicitly identifying the grounds for detention in national legislation would meet the requirement of legal certainty”.<sup>109</sup>

Viktige formelle krav stilles til lovgiver:

”Insufficient guarantees in law to protect against arbitrary detention, such as no limits on the maximum period of detention or no access to an effective remedy to contest it, could also call into question the legal validity of any detention”.<sup>110</sup>

Det videre lovskravet er inngående behandlet i EMK art. 5, og behandles nedenfor i punkt 4.4.

#### 4.3.3 Er fengsling til barnets beste?

Barn vil naturligvis ha vanskeligheter for å forstå hvorfor de utsettes for fengsling uten å ha begått en straffbar handling, noe som etter utl. uansett ikke er et vilkår for illeggelse av fengsling. Det er ikke vanskelig å forestille seg at barn vil oppfatte det som straff å bli fratatt friheten. Et grunnleggende prinsipp som må diskuteres og som metodisk sett inngår i denne vurderingen, er om det er til barnets beste å bli fengslet sammen med foreldrene jf. art.3(1). Artikkelen gjennomsyrrer enhver sak som angår barn. Hensyn til barnets beste er grunnleggende i saker hvor barn fengsles etter utl. fordi grunntanken er at barn har samme ukrenkelige menneskeverd som de voksne.<sup>111</sup> Det er internasjonal konsensus om tankegangen. Den sentrale rettskilden er Barnekomiteens generelle kommentar nr.14. Hensynet har en enorm bredde da

---

<sup>107</sup> ”Fns Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty” vedtatt av Fns generalforsamling 14.desember 1990 jf. art. 11 (b)

<sup>108</sup> UNHCRs detention guideline no. 3 (avsnitt 15)

<sup>109</sup> Ibid avsnitt 16

<sup>110</sup> Ibid avsnitt 17

<sup>111</sup> Høstmælingen/Kjørholt/Sandberg (2008) p. 3.1.1 s 34

den skal gjelde i alle saker som angår barn, men er vid og relativ. Det vil si at den vil variere med tid, kultur og andre samfunnsfaktorer.<sup>112</sup>

Hensynets rekkevidde er imidlertid begrenset gjennom ordlyden i art.3(1) "[...]the best interests of the child shall be a *primary* consideration" (min kursivering). Hensynet er ikke ment å trumfe enhver sak. Det følger av konvensjonstekstens naturlige ordlyd jf. Wienkonvensjonen art. 31. Samme følger av Barnekomiteens generelle kommentar.<sup>113</sup> Hensynet trenger ikke å være avgjørende i enhver sak. I saker hvor barn fengsles etter utl., vil innvandringsregulerende hensyn være mothensynet. Men det må foretas en avveining hvor hensyn til barnets beste er grunnleggende, altså et tungtveiende hensyn.<sup>114</sup> Retten bør foreta en vurdering av hva som er til barnets beste.<sup>115</sup>

#### 4.3.3.1 UNHCRs retningslinjer

Barn er blant de gruppene som UNHCR vurderer for å ha behov for "particular protection needs".<sup>116</sup> Det er vist til BKs grunnleggende prinsipper. Angående medfølgende barn er det sagt at:

"[...]The detention of children with their parents [...]needs to balance, *inter alia*, the right to family and private life of the family as a whole, the appropriateness of the detention facilities for children[...]and the best interests of the child".<sup>117</sup>

#### 4.3.3.2 Følger av kortvarig fengsling

##### 4.3.3.2.1 Barnekomiteens anbefaling

I 2012 ga Barnekomiteen uttrykk for at fengsling av barn aldri vil være til barnets beste fordi det bryter med dets rettigheter.<sup>118</sup> Året etter oppfordret de medlemsstatene til å "expeditiously and completely cease the detention of children on the basis of their immigration status".<sup>119</sup>

Behovet for klargjøring av problemstilling har økt på globalt nivå de siste årene, og det samarbeides om problemstillingen. Det internasjonale samarbeidet har resultert i International Detention Coalition (IDC) som er et globalt nettverk. IDC har publisert rapporten "Captured Childhood" (2012) som inneholder relevant informasjon om negative følger av kortvarig fengsling av barn:

---

<sup>112</sup> Fns barnekomité generelle kommentar nr. 14 (avsnitt 32)

<sup>113</sup> Ibid avsnitt 39

<sup>114</sup> Ibid avsnitt 36-40

<sup>115</sup> Ibid avsnitt 25

<sup>116</sup> UNHCRs detention guideline no. 9

<sup>117</sup> ibid 9.2( avsnitt 53)

<sup>118</sup> The UN Committee on the Rights of the Child (CRC) 2012 (avsnitt 32)

<sup>119</sup> Ibid avsnitt 78



”There is also evidence of a detrimental effect on the mental and physical health of children held in immigration detention for short periods.”<sup>120</sup>

En britisk undersøkelse er fremhevet i rapporten som viser at følgende symptomer kan oppstå hos barn som fengsles:

”[...]symptoms of depression and anxiety, sleep problems including nightmares, eating difficulties and somatic complaints. They further displayed emotional and behavioural problems”.<sup>121</sup>

Det sentrale er at selv kortvarig fengsling i relativt human sammenheng kan ha langsiktig og negative følger på barnets psykiske og fysiske helse. Følelsen av urettferdig behandling vil kunne fortsette å forfølge disse barna som har kommet til Norge i håp om et rettferdig liv. Hensikten med å trekke frem sitatet fra rapporten er å vise at det vanskelig kan tenkes at fengsling er uten negative følger for barn.

Norge har tidligere blitt kritisert av FNs barnekomité for manglende overholdelse av det grunnleggende prinsipp om barnets beste i norske saker.<sup>122</sup> Innføring av ungdomsstraff som alternativ til fengsling, jf. straffeloven av 1902 kapittel 8a kan sies å være et eksempel på at ivaretagelse av mindreåriges rettigheter etter BK tas på alvor av norske myndigheter.

Det er dermed avklart på internasjonalt plan at fengsling ikke er til barnets beste. Norge er forpliktet til å følge opp lovgivningsmessige tiltak som verner barns rettigheter jf. BK art. 4.

#### **4.4 Ytterligere om lovskravet etter EMK art. 5**

##### **4.4.1 Formålet med bestemmelsen**

Det sentrale grunnlaget for behandling av spørsmålet om fengsling av barn følger av BK, men kravet til lovhjemmel er ikke særlig utdypet der.<sup>123</sup> EMK har dessuten selvstendig betydning som menneskerettskonvensjon. Derfor tas det videre utgangspunkt i EMK art. 5(1) som krever hjemmel i lov: ”Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law”.

Bestemmelsen gjelder enhver, og har til hensikt å beskytte individenes rett til personlig frihet.

---

<sup>120</sup> IDC rapport [http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2012/03/Captured\\_Childhood-report.pdf](http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2012/03/Captured_Childhood-report.pdf) s 50

<sup>121</sup> Ibid

<sup>122</sup> Søvig (2011) s 2-3

<sup>123</sup> Husabø (2011) p. 5.1 s 25

EMD skiller mellom fengsling/ frihetsberøvelse som faller under definisjonen ”deprivation of liberty” og en ren begrensning av personlig frihet. Det tas imidlertid ikke stilling til denne grensedragningen her da fengsling etter utl.§106 faller innenfor definisjonen. Det vises til uttalelsen i EMD *Guzzardi v. Italy*:

”Deprivation of liberty may, however, take numerous other forms”.<sup>124</sup> Den er ikke bundet til ”classic detention in prison or strict arrest”.<sup>125</sup>

Det fremgår av fortalen at beskyttelse av individer er sentral blant rettsstatsprinsipper (”rule of law”). Det fremgår også av EMD-praksis at hensikten med bestemmelsen er å beskytte individer mot vilkårlig fengsling.<sup>126</sup> Viktigheten av denne beskyttelsen er særlig formulert av EMD i *Medvedyev and Others v. France*:

”[...]This right is of the highest importance ”in a democratic society” within the meaning of the Convention”.<sup>127</sup>

Overholdelse av lovskravet har en side til rettssikkerheten:

”The Court stresses that where deprivation of liberty is concerned it is particularly important that the general principle of legal certainty be satisfied”.<sup>128</sup>

Brudd på lovskravet er beskrevet i sterke ord av EMD:

”[...]unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and a most grave violation of Article 5”.<sup>129</sup>

#### 4.4.2 Lovskravet

”Prescribed by law” betyr etter ordfortolkning jf. Wienkonvensjonen art. 31 at det er krav om at fremgangsmåten ved fengsling må ha grunnlag i lov. Hva betyr lov? Det er ikke mulig å tolke mer ut av konvensjonsteksten. Det må tas i bruk andre rettskildefaktor for å tolke innholdet i lovskravet. Det rettslige grunnlaget for ”law” kan følge av rettspraksis, sedvane og administrativ praksis jf. EMD *Sunday Times v. UK*.<sup>130</sup> Poenget er at hjemmelen skal være allmenn tilgjengelig for befolkningen.<sup>131</sup> Med tanke på dette vil skreven rett være den tryggeste formen, hvilket også samsvarer det norske legalitetsprinsippet.<sup>132</sup>

---

<sup>124</sup> EMD *Guzzardi v. Italy*(95)

<sup>125</sup> Ibid

<sup>126</sup> EMD *McKay v. UK* (30)

<sup>127</sup> EMD *Medvedyev and others v. France*(76)

<sup>128</sup> Ibid (80)

<sup>129</sup> EMD *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (233)

<sup>130</sup> EMD *Sunday Times v. UK*(47)

<sup>131</sup> Bertelsen (2011) s 101

<sup>132</sup> Høstmælingen (2012) s 179

Fengsling i forbindelse med utsending er omfattet av bokstav f. Bestemmelsen inneholder de materielle vilkårene for lovlig fengsling ved retur. ”Lawful” tydeliggjør lovskravet. Fengslingen må ivareta en samfunnsinteresse.<sup>133</sup> Bokstav f er på denne måten unntak fra art. 5(1).<sup>134</sup> Det kreves ikke at nødvendigheten dokumenteres når det gjelder utsending.<sup>135</sup> Men staten er gitt frihet under ansvar ved at regelverket ikke skal anvendes som ”arbitrary fashion” overfor individer.<sup>136</sup> Staten har større tillatelse til å anvende fengsling sammenlignet med for eksempel bokstav e som gjelder frihetsberøvelse for å hindre spredning av smittsom sykdom. Men grunnlagene innad i bokstav a til f vil variere og artikkelens innhold betyr ikke at det skal mindre til for å fengsle etter bokstav f. Visse krav etter EMK art. 5 må staten uansett oppfylle, hvor lovskravet er helt grunnleggende.

Forutsigbarhet er et kjerneord. En sentral EMD avgjørelse som må omtales her er *Amuur v. France*.<sup>137</sup> EMD gjør det klart at det foreligger et suverenitetsprinsipp og at staten har monopol for inn-og utreisende, og at staten råder over utlendinger innenfor sitt territorium. Men art. 5 utgjør likevel en skranke som kan trumfe statens interesser.<sup>138</sup> Ikke alle former for myndighetsinngrep kan tillates. Det er ikke nok at det finnes en hjemmel i nasjonal lovgivning. EMD uttrykker at lovskravet: ”[...]is not satisfied merely by compliance with the relevant domestic law; domestic law must itself be in conformity with the Convention”.<sup>139</sup>

Klarhetskrav for asylsaker er formulert slik i *Amuur*-saken:

”Quality in this sense implies that whereas national law authorises deprivation of liberty – especially in respect of a foreign asylum-seeker – It must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness”.<sup>140</sup>

Etter denne uttalelsen følger det ytterligere krav til innholdet i hjemmelen. EMD stiller krav om klarhet og presis lovhjemmel for å motvirke vilkårlig fengsling. Klarhetskravet er viktig for asylsøkere som gruppe fordi det gjelder mennesker med begrenset kunnskap om ankomstlandets lovgiving.

---

<sup>133</sup> Ibid s 98

<sup>134</sup> Ibid s 122

<sup>135</sup> EMD *Saadi v. UK*.(71-73)

<sup>136</sup> Ibid (66)

<sup>137</sup> EMD *Amuur v. France*(50)

<sup>138</sup> ibid (40)

<sup>139</sup> EMD *Plesó v. Hungary*(59)

<sup>140</sup> EMD *Amuur v. France* (50)

For tilfeller hvor EMD erklærer brudd på klarhetskravet (og EMK art.5) kan illustreres ved en sak som gjaldt uklar henvisningspraksis i nasjonal lovgivning. Saken var rettet mot russiske myndigheter, fordi deres utleveringslovgivning ikke oppfylte kravet til presis og forutsigbar formulering.<sup>141</sup> Tolkning av EMK art.5 er i EMD-praksis ansett som streng. Unntakene fra retten til personlig frihet i bokstav a til f er uttømmende. Forpliktete stater er dermed ikke gitt utvidet adgang til å gjøre unntak fra grunnleggende rettssikkerhetsgarantier og formelle krav.<sup>142</sup>

På den ene siden følger det etter EMK ingen absolutt rett til personlig frihet. På den andre siden er det ikke tvil om at fengsling for utlendingsrettslig formål er inngripende også etter EMK. Det sentrale i forhold til avhandlingen er om den norske bestemmelsen oppfyller vilkårene.

EMDs oppfatning er at fravær av klare bestemmelser øker risikoen for vilkårlig myndighetsutøvelse, og det at lovbestemmelsen ikke skal anvendes vilkårlig er krav som må være oppfylt på lik linje med lovskravet. En bestemmelse som etter nasjonal lovgivning er lovlig kan likevel være vilkårlig og i strid med konvensjonen.<sup>143</sup> I en sak hvor den nasjonale lovgivningen manglet klare bestemmelser om prosedyre for fengsling og forlengelse, fant EMD at fengslingen medførte vilkårlighet i strid med EMK art. 5.<sup>144</sup>

#### **4.5 Når er fengslingen uforholdsmessig etter EMK art. 5?**

Når fengsling er vilkårlig vil det samtidig innebære at den er uforholdsmessig. EMK art.5 krever at fengslingen skal være nødvendig i et demokratisk samfunn. Fengsling må være det eneste mulige tiltaket som vil ivareta formålet. En skjønnsmessig vurdering vil ikke være tilstrekkelig.<sup>145</sup>

En illustrerende sak som viser at fengsling av (enslig) barn var et uforholdsmessig inngrep er EMD *Mubilanzila v. Belgium*.<sup>146</sup> Saken gjaldt en enslig femåring som var blitt fengslet på interneringssenter i Belgia i påvente av retur til hjemlandet. Staten hadde ikke overholdt sine positive forpliktelser til å foreta tiltak og alternativer til fengsling.<sup>147</sup> Fengsling var etter EMDs oppfatning unødvendig, da det ikke forelå noen risiko for unndragelse. Staten kunne ha

---

<sup>141</sup> EMD *Nasrulloev v. Russia* (77)

<sup>142</sup> EMD *McKay v. UK*(30)

<sup>143</sup> EMD *A and Others v. UK*(164)

<sup>144</sup> EMD *Abolkhani and Karimnia v. Turkey*(135)

<sup>145</sup> Generell uttalelse i EMD *Enhorn v. Sweden*(42)

<sup>146</sup> EMD *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*

<sup>147</sup> *Ibid* (83)

plassert den mindreårige på barnevennlig institusjon. Den mindreårige kunne ikke beskyldes for omsorgspersoners handlinger.<sup>148</sup> EMD mente det forelå brudd på EMK art. 5 særlig fordi dette gjaldt en mindreårig som var uten omsorgspersoner, og at hun var plassert på interneringssenter sammen med voksne.<sup>149</sup> Dommen endte med at Belgia avskaffet ordningen med fengsling av mindreårige.<sup>150</sup>

Dommen er særlig relevant hvor asylbarn blir returnert, og sentral for tilrettelegging av botilbud for barn på mottak.<sup>151</sup> Femåringen kunne ikke i denne saken lastes for noe onkelen eller moren hadde gjort. Trekket det parallell til norske saker, kan barn ende på Trandum selv når unndragelsesfaren kun er knyttet til foreldrene. I norsk domstol har det blitt uttalt at foreldrene er nærmest til å bære hovedansvaret for at barna befinner seg i en slik situasjon.<sup>152</sup>

Klar og presis lovhjemmel er etter EMK den rette mekanismen for hindring av vilkårlig og uforholdsmessig fengsling og for å sikre en rettssikker behandling.

For å kunne drøfte spørsmålet om norsk fengsling av utenlandske barn er lovlig, må forholdet behandles etter norsk rett. Sektormonisme medfører ikke at konvensjonsteksten er tilstrekkelig som hjemmel i henhold til legalitetsprinsippet i norsk rett hvor hjemmel i nasjonal lovgivning er påkrevd.<sup>153</sup>

#### **4.6 Endelig avslag på asylsøknad**

Samfunnsmessige hensyn tilsier at alle som oppholder seg ulovlig i landet, bør sendes ut så raskt som mulig da de vil være en samfunnsøkonomisk byrde for staten. De aller fleste utlendinger får en utreisefrist ved endelig avslag som de er ment å overholde. Dersom denne utreisefristen ikke overholdes, vil politiet etter loven ha rett til å gripe inn dersom det er fare for at familien vil gå under jorden. I avhandlingen fokuseres det nettopp på bokstav b (første ledd, første punktum) om unndragelsesfare, fordi det viser seg å være blant de mest relevante grunnlag for fengsling av utlendinger.<sup>154</sup> Et resultat av dette er at iverksettelse av tvangsretur betegnes som en av hovedgrunnene til fengsling.<sup>155</sup> Gjennomføring av tvangsreturprosess vil også utgjøre en økonomisk byrde for staten, men følgen er verre for staten om flere familier

---

<sup>148</sup> Ibid (84)

<sup>149</sup> Ibid (103)

<sup>150</sup> Noas rapport (2015) p. 2.3.2 s 32

<sup>151</sup> UDI regelverk (<https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/emd-avgjorelser/application-no-1317803/>)

<sup>152</sup> 14-130280SAK-BORG/04 s 3

<sup>153</sup> Ot.prp.nr.45 (2002-2003) p. 4.1.2

<sup>154</sup> Prop.112 L (2013-2014) kap.13. Se tilsvarende PUs årsmelding 2013 kap.18 s 21

<sup>155</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) p. 17.2.2.1

oppholder seg ulovlig i landet. På sikt vil disse familiene kunne utgjøre en egen sosial undergruppe i samfunnet. Det siste er ingen tjent med.

Det er bemerkelsesverdig at det ikke bare er endelig avslag på søknad om beskyttelse (asyl) som danner grunnlag for fengsling, men det kan også være tale om avslag i familieinnvandringssak såfremt søker befinner seg i landet jf. utl.§99(2).<sup>156</sup> Flere grupper faller dermed inn under bestemmelsen. Medfølgende barn kan dermed fengsles på ulike grunnlag under den hovedbegrunnelse at det foreligger unndragelsesfare. Avhandlingen handler om de tilfeller hvor barnefamilien ikke gis medhold i sin asylsøknad, og får endelig avslag fra Utlendingsnemnda (UNE). Avslag betyr at barnefamilien ikke oppfyller oppholdskravet for asyl, og det er heller ikke grunnlag for opphold av annen grunn. Dermed plikter de å forlate landet. Avslagsprosessen er for svært mange en sterk påkjenning: ”veien videre [etter avslag] oppleves som et valg mellom flere onder”.<sup>157</sup> Hele asylprosessen kan oppfattes som en unntakstilstand for de involverte barn.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> Vevstad (2010) nettversjon – utl.§ 99 p. 7

<sup>157</sup> Noas rapport (2015) p.3.1 s 34

<sup>158</sup> Lidén/Seeberg/Engebrigtsen (2011) s 308

## **5 Utlendingsloven §106(1) bokstav b**

### **5.1 Foreligger det tilstrekkelig klar lovhjemmel?**

I utgangspunktet er det manglende samarbeid fra utlendingens side som gir grunnlag for fengsling. Hensikten med dagens regelverk har vært å lette oversikten, ved å gi en samlet bestemmelse. Utl. av 1988 hadde bestemmelser om dette som stod spredt i lovgivningen.<sup>159</sup> Fengsling er imidlertid det mest inngripende tvangsmiddel som norsk rett tillater overfor utenlandske barn. Den må derfor fremme et legitimt formål, inngrepet må være forholdsmessig i tillegg til at det foreligger klar og presis hjemmel. Disse grunnprinsippene følger av EMD-praksis som vist ovenfor.

Spørsmålet blir hvorvidt ordlyden i utl.§106(1) bokstav b oppfyller legalitetsprinsippet. Ordlyden er som følger:

”En utlending kan pågripes og fengsles når

b) det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av et vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket[...].”

#### **5.1.1 Hvem er en ”utlending”?**

Bestemmelsen angir rettslig grunnlag for å fengsle en utlending, men den taler om utlending i generell form. Det fremgår verken om inkludering eller ekskludering av barn for fengsling etter bokstav b. Hvem en utlending er står definert i utl.§5(1), men også her refererer loven kun til ”utlendingen” generelt, uten noen nærmere avgrensning til enkeltgrupper. Legaldefinisjonen er dermed ikke til hjelp. Barn er kun nevnt i §106(4) som handler om fremstillingsfrist. En rettslig regulering for fengsling av medfølgende barn kan dermed ikke leses ut av selve bestemmelsen.

#### **5.1.2 Hva følger av andre rettskildefaktorer?**

Lagmannsretten viser til lovhjemmel i en av de gjennomgatte kjennelsene på denne måten:

”Lagmannsretten legger til grunn at utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågrepelse og fengsling både av voksne og mindreårige. Selve lovteksten er generell og inneholder ikke noen begrensning. Videre fremgår dette både av Prp. Nr. 3 L (2010-2011) side 55 og Prp. Nr. 138 L (2010-2011) side 54. I forskrift om Politiets utlendingsinternat av 23.desember 2009 § 3 og 4 fjerde ledd er dette også forutsatt.”<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Vevstad (2010) kap.12 s 574

<sup>160</sup> 14-050071SAK-BORG/04 s 3

Siden lovteksten ikke sier noe direkte om innsettelsesvilkår for fengsling av barn, blir det viktig å studere forarbeidene da de kaster lys over den endelige formuleringen i loven. Mange av argumentene vil også fremgå her. Uttalelser i forarbeider tyder på at det er lagt til grunn at barn vil kunne bli fengslet sammen med foreldre. Forutsetningen kommer blant annet frem i følgende uttalelser fra departementets vurdering:

”Praksis hittil har vært at barns opphold i utlendingsinternat som den store hovedregel har vært avledet av rettslig kjennelse eller pågripelsesbeslutning mot foreldrene, det vil si mot omsorgsperson(er) [...]”.<sup>161</sup>

Tilsvarende står i forarbeider. Her står det også at :

”[...]det bemerkes for øvrig at familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller hvor det ligger til rette for rask uttransportering”.<sup>162</sup>

Det tyder på at verken barn eller voksne (som hovedregel) har langvarig fengselsopphold på Trandum.<sup>163</sup> Rettspraksis viser likevel at det forekommer unntak hvor barn fengsles over lengre tid. I 2014 satt en toåring fengslet i cirka 11 uker sammen med sine foreldre.<sup>164</sup>

Det er vist til strpl. i forarbeider hvor det er gitt egne regler for fengsling av mindreårige. Men det er store ulikheter mellom rettsområdene. Utlendingsrett er del av spesiell forvaltningsrett, og hovedtrekkene i en utlendingssak er derfor annerledes enn i en ordinær straffesak. Mer om dette under punkt 5.2.

Hjemmelen for å bli plassert på utlendingsinternatet fremgår av utl.§107. Familien transporteres til Trandum når retten har konstatert at det foreligger unndragelsesfare. Utlendingsinternatet administreres av politiet jf. §107(2). Det er gitt egen forskrift som gjelder for alle ansatte på Trandum.<sup>165</sup> I forskriftens §§ 3 og 4(4) jf. §107 siste ledd nevnes forhold som angår barn plassert på Trandum. Forskriften forutsetter på tilsvarende måte som forarbeidene at medfølgende barn kan fengsles.

Rettskildemessig er situasjonen den at loven er taus om forholdet og det fremgår heller ingen klar hjemmel av forarbeider og forskrift. Siden ordlyden er generell og den ikke forbyr fengsling av barn direkte og det ikke er utformet noen aldersgrense, betyr dette i praksis at alle barn uavhengig av alder kan fengsles. Samlet sett taler det for at lovgivers *intensjon* har vært at det

---

<sup>161</sup> Ot.prp.nr.28 (2006-2007) kap. 3.5.7 s 14

<sup>162</sup> Prop. 138 L (2010-2011) kap. 11.3 s 54

<sup>163</sup> Prop.112 L (2013-2014) p.7.1

<sup>164</sup> 14-050071SAK-BORG/04

<sup>165</sup> Forskrift om Politiets utlendingsinternat (2009) jf. § 1



skal være mulig å fengsle barn, og i alle fall ikke det motsatte. Men er det nok at lovgiver har en slik intensjon, når det ikke er mulig å lese den ut av lovens ordlyd? Grl. (§113) viser at legalitetsprinsippet kan oppfylles dersom hjemmelen fremgår av forskrift gitt i medhold av lov. Men her finnes det ingen hjemmel i forskriften annet enn forutsetningen. Gjennomgangen ovenfor viser også at det kreves at hjemmelen er klar og presis i sin uttrykksform. Særlig EMK går langt i å vernet lovskravet. Siden internasjonale rettskilder konkluderer med at fengsling ikke er til barnets beste, må det en viktig norsk hjemmel til for at fengslingen skal kunne anses som lovlig.

Klarhetskravet er ytterligere presisert i en EMD-sak som gjaldt EMK art. 8-11. Disse artiklene har det til felles med EMK art.5 at det kreves lovhjemmel. Uttalelsen er knyttet til definisjonen av ”prescribed by law”:

”The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed”.<sup>166</sup>

I norske forarbeider kreves det på bakgrunn av denne avgjørelsen at loven angir hvilke kategorier av mennesker som vil rammes, samt inngrepet lengde og klargjøring av fremgangsmåten for fengslingen.<sup>167</sup>

Kategorisering av medfølgende barn er utelatt i §106. Barneombudet som høringsinstans i forarbeider til utl. har sagt at fengsling av barn i lukket internat klart må lovhjemles og kun bør brukes unntaksvis for en kort periode.<sup>168</sup> Høringsinstansens uttalelser har liten rettskildemessig vekt, men synspunktet fra et organ med bred kunnskap og erfaring om barns rettigheter gir likevel opplysninger av betydning.

Den rettslige stillingen til barnet skal ikke være avledet av foreldrenes stilling.<sup>169</sup> UNHCR har uttalt det samme i retningslinjer.<sup>170</sup>

Siden utl.§106 er resultat av hybrid lovgivning, hvor både forvaltningsrett og straffeprosessrett er slått sammen i en bestemmelse fremhever det behovet for klar hjemmel for å foreta inngrep. Lovgivningen må være klar og forutberegnelig for å samsvare med ”the rule of law” jf. EMKs fortale. Det er politiet som har hovedansvaret for tvangsretur av barnefamiliene,

---

<sup>166</sup> EMD Maestri v. Italy(30)

<sup>167</sup> Husabø (2012) s 13

<sup>168</sup> Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) p. 3.4 s 11

<sup>169</sup> Noas rapport (2015) s. 107

<sup>170</sup> UNHCR Detention Guidelines 2012 (avsnitt 56)

men de har en dobbel rolle i utsendelsesprosessen. Synspunktet er fremmet i juridisk litteratur.<sup>171</sup> Dette illustrerer også viktigheten av å verne barn mot risikoen for vilkårlig fengsling og unødig maktbruk grunnet uklar lovhjemmel. Vurdering foretatt ovenfor viser at det ikke foreligger klar og presis lovhjemmel for å fengsle barn etter utl. §106(1) bokstav b. Dette byr på materielle og prosessuelle utfordringer. Det sistnevnte behandles nærmere nedenfor.

#### 5.1.2.1 *Fremstilling videre*

Det følger av strpl's bestemmelse om fengsling av mindreårige som har anvendelse her gjennom §106(3), at det må være tvingende nødvendig å fengsle. Denne vurderingen avhenger av spørsmålet om hvor sterk unndragelsesfaren er i en utlendingssak. Av den grunn er det i det følgende først tatt stilling til spørsmålet om unndragelsesfaren.

#### 5.1.3 Unndragelsesfaren knyttet til foreldrene

Ordlyden i bokstav b sier at det må konkrete holdepunkter til for at familien vil unndra seg retur. Innledningsvis bemerkes det her at i tillegg til at utlendingen fysisk sett er tilgjengelig, må flere faktorer være oppfylt. Som asylsøker må man også være returnerbar noe som avhenger av diverse forhold i mottakerlandet samt at identiteten er avklart.<sup>172</sup>

Det sentrale bevistema i forhold til unndragelsesfaren er hva kravet om konkrete holdepunkter innebærer, og hvilken virkning det har for medfølgende barn.

I underrettspraksis er det lite eller ingen vurdering av unndragelsesfaren knyttet til barna. Det konkluderes kort med at unndragelsesfaren til barna er knyttet til foreldrene jf. blant annet rettens uttalelse i en fengslingskjennelse:

”Retten finner at det foreligger konkrete holdepunkter for at [forelderen] vil unndra seg dette vedtaket [...]. Når hun vet at en uttransportering er nær forestående forsterkes unndragelsesfaren ytterligere. Unndragelsesfaren knyttet til de fire barna, henger den sammen med foreldrenes[...].Av straffeprosessloven § 184 annet ledd kan barn under 18 år ikke fengsles hvis det ikke er ”tvingende nødvendig”. Vilåret må vurderes med utgangspunkt i den sterke unndragelsesfaren som foreligger for mor, der fengslingssurrogater ikke er anvendelige jf. § 106 annet ledd. Retten mener derfor at det er ”tvingende nødvendig at også barna holdes fengslet.”<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> Bohinen (1999) s 13

<sup>172</sup> Returrapport (2014) utgitt av Udi, POD og KDI se s 11

<sup>173</sup> 14-128871ENE-OTIR/05 s 3-4

I den ovenfornevnte sak ble fire barn i alderen 8 til 14 år besluttet fengslet sammen med foreldrene på Trandum grunnet unndragelsesfare som var knyttet til foreldrene. I de aller fleste kjennelsene formulerer retten svært kort om forholdet til barna. Det fremgår svært lite om vurdering av alternativer og individuell vurdering. I realiteten blir barn fengslet på et grunnlag som angår deres foreldre. Redd Barna har som høringsinstans sagt følgende i forarbeider angående denne problematikken (som ikke har rettskildemessig vekt men illustrerer et viktig poeng):

”En rettslig regulering som gir grunnlag for inngripen overfor et individ kan ikke legitimere tvang overfor et annet individ. Grunnlag for frihetsberøvelse av en av foreldrene gir ikke rett til frihetsberøvelse av barnet”.<sup>174</sup>

Sett med rettens syn vil det være vanskelig å foreta en selvstendig vurdering av unndragelsesfaren knyttet til barn. Noen av barna er uansett så unge at det vil være urimelig å forutsette at de vil være i stand til å kunne unndra seg retur på egen hånd. Det problematiske er imidlertid at loven ikke setter klare rammer for hvem unndragelsesfaren er rettet mot og som dermed kan fengsles. Bevissspørsmålet har også en side til hjemmelskravet.

Det er også sagt at legalitetsprinsippet ikke vil være tilstrekkelig i enhver sak dersom den kommer i konflikt med andre menneskerettigheter.<sup>175</sup> Så selv om hjemmelskravet skulle være oppfylt, kan det tenkes at det i forbindelse med fengsling av barn for eksempel kan være tale om krenkelse av generelle prinsipper som følger av BK. De generelle prinsippene behandles under punkt 6.2.1.1.1.

Vurderingen etter gjeldende rettstilstand for unndragelsesfaren samsvarer ikke med EMDs uttalelse i Mubilanzila-saken, hvor EMD konstaterte at barn ikke kan lastes for omsorgspersoners handlinger. Norsk rettspraksis viser derimot tendenser til at fengslingen får en avledet rettsfølge for barn.

#### 5.1.4 Absolutt krav om bruk av alternativer

Prinsippet om siste utvei, det vil si at andre muligheter er uttømt, følger som tidligere nevnt av BK art.37(b). Etter utl.§106(2) skal ikke fengsling besluttet dersom det vil være tilstrekkelig med meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted jf.§105. Det inngår derfor som en del av domstolens vurdering om meldeplikt eller bestemt oppholdssted vil være tilstrekkelig alternativer til fengsling.<sup>176</sup> Henvisningen til strpl. i §106(3) fører også til at barnevernets anbefalinger bør vurderes av domstolene som mulig alternativ tiltak jf. lov om barneverntjenester.

<sup>174</sup> Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) p. 3.4 s 12

<sup>175</sup> Ibid

<sup>176</sup> Se tilsvarende Noas rapport (2015) p. 6.4.1 s.116

ter av 1992<sup>177</sup> kap. 4.<sup>178</sup> Det finnes imidlertid begrenset informasjon om bruken av alternativer i praksis.<sup>179</sup> Utl. inneholder heller ingen regel om at mindre inngripende tiltak må anvendes først. Av alle gjennomgåtte kjennelser er det kun i en sak det blir pålagt meldeplikt og opphold på bestemt sted.<sup>180</sup> Kjennelsen nevnt ovenfor viser at alternativene som oftest vurderes mot foreldrenes handlinger. En annen side til manglende overholdelse av kravet om bruk av alternativer kan være knyttet til senket bevisterskel se under punkt 5.1.5.

### 5.1.5 Senket bevisterskel

Det er videre problematisk at loven ikke gir klar føring på bevisvurdering og krav til bevisenes styrke som kvalifiserer til fengsling, noe som bør være grunnleggende for å overholde kravet om ikke-vilkårlig fengsling. Ordlyden i bokstav b ble i 2012 endret fra ”mest sannsynlig” til dagens formulering ”konkrete holdepunkter”.<sup>181</sup> I forarbeidene sies det at:

”For anvendelse av de aktuelle tvangsmidlene må imidlertid sannsynligheten for unndragelse[...]være av en viss styrke ved at det foreligger ett eller flere objektive, konkrete holdepunkter for mistanken”.<sup>182</sup>

Forarbeider presiserer at det skal foretas en objektiv vurdering.<sup>183</sup> Med dette er lovgivers mening å opprettholde en balansegang, og at bestemte vurderingsmomenter skal kunne anvendes i enhver sak. Det legges opp til en fremtidsrettet vurdering jf. ordlyden ”vil unndra seg”. Det er viktig å lese ordlyden i den kontekst at fengsling er et inngripende tiltak overfor barn. Endringen medfører imidlertid en utvidet rett til å fengsle barnefamilier.<sup>184</sup> Beviskravet er dermed senket. Det er ikke krav om sannsynlighetsovervekt.<sup>185</sup>

Sannsynlighetsovervekt for at en unndragelse i fremtiden finner sted, vil i praksis være vanskelig å bevis. Med et senket beviskrav, og uten premisser for sannsynlighetsovervekt, har lovgiver heller valgt å fokusere på at politiet gjennom vurdering av de tilgjengelige bevis avgjør om det er holdepunkter for å begjære fengsling av barnefamilien.<sup>186</sup> Dermed flyttes oppmerksomheten bort fra sannsynligheten for fremtidig unndragelse til kvaliteten på tilgjengelig

---

<sup>177</sup> Lov om barneverntjenester av 17.juli 1992 nr. 100

<sup>178</sup> Kommer til anvendelse jf.utl.§ 106(3) tredje punktum. Jf. strpl.§ 183(3)

<sup>179</sup> Noas rapport (2015) p. 6.4.1.1. s 116

<sup>180</sup> 14-156370ENE-OTIR/04 s 3

<sup>181</sup> Prop. 138 L (2010-2011) kap. 6 s 23

<sup>182</sup> *ibid*

<sup>183</sup> *Ibid*

<sup>184</sup> Prop. 138 L (2010-2011) p. 6.4.1 s 25

<sup>185</sup> *Ibid*

<sup>186</sup> se tilsvarende NOAS rapport (2014) s 75

bevis.<sup>187</sup> Lovgiver åpner på denne måten for at politiet vektlegger sin subjektive oppfatning, fordi loven selv gir få konkrete vurderingsmomenter. For å endre bestemmelsen ble det vist til praksis i andre skandinaviske land.<sup>188</sup>

Barneombudet hadde som høringsinstans følgende mening om endringen av beviskravet:

”*Barneombudet* mener at et senket beviskrav innebærer en uthuling av rettssikkerheten til barn og unge i utlendingssaker, og kan føre til at flere mindreårige blir fengslet”.

Til tross for at det sentrale i forarbeider er departementets vurdering vil en få et inntrykk av et kompetent organ som Barneombudet som er av betydning. I Noas-rapporten (2015) er det sagt at: ”Det kreves ikke at barnefamilier allerede må være pålagt, eller ha brutt meldeplikt for at det skal være grunnlag for frihetsberøvelse. Dagens beviskrav ”konkrete holdepunkter” legger terskelen så lavt (lavere enn sannsynlighetsovervekt), at barnefamilier kan interneres selv om det er mest sannsynlig at de ikke unndrar seg tvangsretur”.<sup>189</sup>

Uttalelsene og lovens utforming signaliserer risikoen for vilkårlig behandling da loven ikke gir klar føring på når barn kan fengsles.

En generell forståelse av problemstillingen tilsier de lege ferenda at en sannsynlighetsvurdering ville i enhver sak ha tvunget aktørene til å foreta en vurdering målt opp mot en målestokk/ skala, noe som burde føre til ytterligere skjerpet og rettssikker behandling. Hovedpoenget med senket bevisterskel er at det skal gjøre det lettere for myndighetene å motarbeide ulovlig innvandring. Men det øker samtidig risikoen for at barn ender i fengsel da det ”lettere” kan oppfattes som det mest aktuelle tvangsmiddel. Det bryter imidlertid med prinsippet om ”siste utvei” jf. BK art. 37(b). Barnekomiteens generelle kommentar nr.10 legger strenge begrensninger for bruken av fengsling.<sup>190</sup> Statene må etter BK art. 4 treffe lovgivningsmessige tiltak for å redusere bruken av fengsling.<sup>191</sup> Det vektlegges at statene kun skal benytte fengsling som siste utvei, noe som betyr at det kreves at medlemsstatene har effektive og strukturerte alternativer. Dette innebærer også anvendelse av eksisterende fengslingsalternativer.

Senket bevisterskel øker derimot faren for at flere barn fengsles, til tross for at: ”[...] departementet bemerke[r] at det generelt ikke er ønskelig at barn pålegges opphold i utlendingsinter-

---

<sup>187</sup> Prp.138 L (2010-2011) s 26

<sup>188</sup> Ibid

<sup>189</sup> Noas rapport (2015) p. 6.4.1.3 s. 127

<sup>190</sup> FNs barnekomité generell kommentar nr. 10 s 10 (avsnitt 28)

<sup>191</sup> Ibid s 22 (avsnitt 80)

nat”.<sup>192</sup> Senket bevisterskel svekker barns rettssikkerhet, og fører til fare for vilkårlig fengsling.

#### 5.1.5.1 Hva betyr unndragelsesfaren?

Beviskravet er senket. Spørsmålet i det følgende blir da om hvor mye det kreves for at unndragelsesfaren skal være en reell grunn til fengsling? Justis- og beredskapsdepartement skriver i høringsuttalelse:

”I vilkåret [...]«konkrete holdepunkter for å anta», ligger det altså et krav om at faren for unndragelse må være av en viss styrke. En mulig eller ubetydelig unndragelsesfare vil ikke være tilstrekkelig for pågripelse og fengsling. [...]”<sup>193</sup>

Uttalelsen trekker linjer for hva som ikke vil være en tilstrekkelig fengslingsgrunn. Det finnes egen bestemmelse som inneholder momenter for vurdering av unndragelsesfaren jf. utl.§106a. Bestemmelsen er veiledende men ikke uttømmende. Momentene som fremgår av §106a er av betydning i en totalvurdering. Bestemmelsen ble innført med gjennomføring av EU-direktiv i 2010.<sup>194</sup> Ifølge forarbeider angir bestemmelsen:

”[...]objektive kriterier for hva som kan vektlegges ved vurdering av unndragelsesfare, og er et relevant argument for å senke kravet til sannsynlighet for unndragelsesfare for å benytte tvangsmidler på dette grunnlaget”.<sup>195</sup>

Bestemmelsen stiller ikke strenge krav til unndragelsesfaren. I utgangspunktet kan det sies at enhver sak rettet mot en utlending som ikke har fått innvilget opphold i Norge, og hvor det er besluttet tvangsretur, vil innebære en viss risiko for unndragelse. Men enhver krever en individuell vurdering. Barnefamilier kan ha sine grunner til å bli værende til tross for endelig avslag. Det kan tenkes som reelle hensyn at barnefamilier har med seg traumatiske opplevelser og har lagt en vanskelig reise bak seg i håp om å få et godt liv i Norge. Mye av vurderingen vil være knyttet til hvilken fremtid som venter dem i hjemlandet. Utl.§106a skal gjøre det lettere å foreta en slik fremtidsrettet vurdering.

I proposisjonen til utl. uttalte departementet følgende:

---

<sup>192</sup> Ot.prp.nr.28 (2006-2007) p.3.5.7 s 14

<sup>193</sup> Justis- og beredskapsdepartementet - Høring om forslag til endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften12/8109 – DHA(2013) s 15

<sup>194</sup> Prop. 138 L (2010-2011) s 25 p.6.3

<sup>195</sup> Ibid

”Frihetsberøvelse er det mest inngripende virkemiddel en stat kan iverksette mot et enkeltindivid og utvisning er forvaltningens sterkeste reaksjonsmulighet overfor en utlending. Departementet understreker derfor behovet for klare og forutsigbare regler. Den konkrete vurderingen av den individuelle faren skal kunne baseres på objektive vilkår fastsatt ved lov.”<sup>196</sup>

Uttalelsen ble gitt ved innføring av EU-direktiv, og viser lovgiverintensjon om et strengt hjemmelskrav. Departementet begrunnet innføringen blant annet med at det ikke fulgte av loven hva som var omfattet av unndragelsesfaren. Mye av de samme synspunktene kan tenkes for barns situasjon ved fengsling etter bokstav b, men etter dagens ordlyd fremgår det ikke klart hvilken styrke som kreves for at det foreligger unndragelsesfare.

#### *5.1.5.2 Momenter ved vurdering av unndragelsesfaren*

Gjennomgangen av tilgjengelig underrettspraksis viser at utvisning, utreisefrist og motarbeidelse av retur (jf. §106a bokstav f, a og b), som de mest anførte momenter for fengsling. Familien kan for eksempel ha valgt å bli værende på ulovlig vis. Samtidig kan de ha umuliggjort for politiet å spore dem opp ved å oppholde seg på skjult sted. Familien er imidlertid forpliktet til å oppgi oppholdssted jf. utl.§19(2).

Det kan blant annet ses på familiens tidligere unndragelse, om de ikke har overholdt pålegg om fengslingsalternativ og deres tilknytning til landet.<sup>197</sup> Etter §106a(2) er også generelle erfaringer med utlendinger relevant. Politiet kan dermed begjære fengsling dersom de erfaringsvis vet at borgere fra respektive land eller lik situasjon har samme atferdsmønster.<sup>198</sup> Men hva med de tilfeller hvor familien bor på mottak? Vil det være nok at de kommer kun for å sove om kvelden? Hvor ofte må de oppholde seg der? Det er vanskelig å trekke grensen for slike spørsmål, og det viser igjen betydningen av at lovgiver kommer på banen med retningsgivende bestemmelser. Siden bestemmelsen ikke er uttømmende, er det mulig å legge vekt på andre momenter. Hensikten her er å fremheve at det til en viss grad beror på tilfeldigheter hva som blir vektlagt for unndragelsesfare i disse sakene.

Oppgaven er dels overlatt til politiets subjektive vurdering, som nevnt ovenfor. Når det gjelder mengden og kvaliteten på bevis som politiet skal vurdere og begrunne fengslingen med, er ikke dette klart foreskrevet ved lov.<sup>199</sup> Utover de momenter som er nevnt i utl. §106a, er det

---

<sup>196</sup> Prop.3 L (2010-2011) p. 4.3.4 s 16-17

<sup>197</sup> Vevstad (2010) nettverson – Utl. §106a

<sup>198</sup> Ibid – Utl. § 106a

<sup>199</sup> Se tilsvarende konklusjon Noas rapport (2014) s 75

ikke mye veiledning å hente. Manglende spesifisering øker faren for vilkårlig fengsling av barnefamilier, subjektive innslag i vurderingen og kan føre til usikker rettslig kontroll.

#### 5.1.6 Oppsummering

Uklar hjemmel gir grunnlag for diverse andre problemstillinger. Dersom en vender blikket mot norsk rett finnes det nå grunnlovsværn for legalitetsprinsippet hvor Grl. har lex-superior status, og som må oppfylles fordi bestemmelsen har forrang fremfor både nasjonale og internasjonale bestemmelser. Klar lovhjemmel vil skjerpe kvaliteten på begrunnelse som gis for å fengsle medfølgende barn, og føre til en rettssikker prosess. Klarhetskravet er helt essensielt for å ivareta demokratiske hensyn, slik de er uttrykt i Grl. og EMD-praksis. EMD har i flere saker tydeliggjort at det ikke er nok å kunne vise til en nasjonal hjemmel. Den må i tillegg være i samsvar med EMK art. 5. Særlig øker presset siden FNs barnekomité mener at fengsling av barn ikke er til barnets beste, og ber statene om å avvikle ordningen. Gjennomgangen som er gjort her viser at selve grunnlaget for fengslingen av medfølgende barn etter utl.§106 er tvilsom da hjemmelen ikke oppfyller kravene etter Grl, BK og EMK.<sup>200</sup>

#### 5.1.7 Kontroll- og Innvandringsregulerende hensyn mot barnets beste

Hensikten med fengslingen er å unngå utallige forsvinninger av personer som har fått endelig avslag jf. kontrollhensynet som går under hovedbegrunnelsen innvandringsregulerende hensyn. Dette er ett av lovens formål jf.§1. Målet er satt på politisk dagsorden.<sup>201</sup> Lovens formål legitimerer en ellers uholdbar maktanvendelse mot barn.

Rettighetshensynet (for utlending) er også lovens formål. Rettighetshensynet og kontrollhensynet er likestilte og begge utgjør lovgivers viktigste intensjon.<sup>202</sup> I de saker hvor medfølgende barn fengsles, er det ingen tvil om at det oppstår konflikt mellom disse hensyn. Spørsmålet er om hvilket hensyn som står sterkest ved fengsling. Til tross for tynt rettspraksis-materiale, peker tilgjengelig underrettspraksis i den retning at innvandringsregulerende hensyn vinner fremfor hensyn til barns beste hver gang fengsling besluttet.

Ønske om effektivitet og opprettholdelse av returpolitikken kan trekke oppmerksomheten bort fra sterke hensyn som angår barn. I tillegg til prinsippet om siste utvei pålegges den norske stat å føre tiltak som er i samsvar med BK. Når det gjelder behandling av forpliktelsen som følger av BK art. 3(1) sies det følgende av retten:

---

<sup>200</sup> Se tilsvarende synspunkt i Husabø (2012) p. 5.6 s 40

<sup>201</sup> Vevstad (2010) nettversjon - utl § 106 bokstav b

<sup>202</sup> Vevstad (2010) nettversjon – utl.§ 1



”Det er rettens oppfatning at det er til barnets beste å være sammen med foreldrene, og at det er tvingende nødvendig ut fra unndragelsesfaren at hele familien nå holdes fengslet i fire ytterligere uker. ”<sup>203</sup>

I denne sammenheng bemerkes det at saker i retten også har handlet om annengangs fengsling av barn. Det kan virke som om kontrollhensynet skjules under vurdering av barnets beste i rettens vurdering. Problemet er at hensyn til barnets beste blir brukt for å rettferdiggjøre beslutning som krenker barnets individuelle rettigheter.

Det følger ikke direkte av utl. §106 at det skal tas hensyn til barnets beste, men det innfortolkes som et grunnleggende prinsipp.

I forarbeider til utl. sier departementet at det har blitt ansett å være til barnets beste å oppholde seg med foreldrene uavhengig av plassering.<sup>204</sup> Men det følger samtidig krav om grundig vurdering i disse sakene<sup>205</sup>, noe som burde tilsi at retten ender på motsatt konklusjon. Vurderingen i punkt 4.3.3 viste at det aldri er til barnets beste å bli fengslet.

Annet illustrerende eksempel på rettens vurdering er som følger:

”[...]Slik lagmannsretten ser det, er det til guttens beste å være sammen med foreldrene fremfor for å bli plassert hos fremmede i regi av barnevernet, og det legges til grunn at gutten har det bra på Trandum. Slik omstendighetene er nå, kan ikke lagmannsretten se at det er i strid med barnekonvensjonen artikkel 3[...]”<sup>206</sup>

Barn har lavere toleransegrense enn voksne.<sup>207</sup> Det virker som om dette synspunktet er oversett i fengslingsprosessen. Vurdering av hensyn til barnet vil alene vanskelig kunne tilsi fengsling. Det blir derfor vanskelig å akseptere rettens legitimering av fengslingen på dette grunnlaget. Norge er tidligere kritisert av FNs barnekomité for ikke å ivareta hensyn til barnets beste i ulike saker. Holdningen har muligens blitt stående på utlendingsrettsfeltet. Dagens rettstilstand utgjør dermed en fare for at reglene som følger av internasjonale konvensjoner kun blir en formalitet, men ingen realitet.

Det er bemerket en fengslingskjennelse at det ikke vil være skadelig med frihetsberøvelse i kort tid.<sup>208</sup> Denne uttalelsen er direkte i motstrid med Barnekomiteens synspunkt om følger av

---

<sup>203</sup> 14-056478ENE-OTIR/03 s 3

<sup>204</sup> Ot.prp. nr. 28 (2006-2007) p. 3.5.7 s 14

<sup>205</sup> Ot.prp. Nr. 75 (2006-2007) p.17.2.2.6 s 346

<sup>206</sup> 14-050071SAK-BORG/04 s 4

<sup>207</sup> Bunæs/Vandvik/Kvigne (2004) p. 8.10.5 s 227

<sup>208</sup> 14-032145ENE-OTIR/05 s 4

kortvarig fengsling (jf punkt 4.3.3.2.1). Hensynet til barnets beste burde veie tyngre i disse sakene for å samsvare med BK art. 3(1).

## **5.2 Forholdet til straffeprosessloven**

Siden det er vanskelig å utlede annet enn det ovennevnte fra utl., og for å se nærmere på hvilke krav som gjelder ved fengsling av medfølgende barn, er henvisningen til strpl. i utl.§106(3) essensiell. Etter bestemmelsen får strpl's §§174-191 anvendelse på utlendingssaker "så langt de passer". Fengslingen følger strpl's fremgangsmåte.<sup>209</sup> Henvisningen viser samtidig at regelverket er en blanding av to ulike rettsområder, nemlig spesiell forvaltningsrett og straffeprosess. Spørsmålet i det følgende blir derfor hvordan henvisningen til strpl. behandles av retten.

Den mest aktuelle bestemmelsen i strpl. er §184. Annet ledd sier at barn under 18 år ikke skal fengsles med mindre det er tvingende nødvendig. Bestemmelsen ble endret i 2012.<sup>210</sup> Tidligere hadde den tilsvarende ordlyd som §174. Skjerping av ordlyden i §184(2) tilsier imidlertid at det skal mye til før fengsling kan godtas overfor barn, fordi fengslingen forutsetter bruk av tvang og innesperring. Avdelingen på Trandum har celler/ rom hvor familiene plasseres.<sup>211</sup> Anvendelse av tvang ovenfor de yngre er desto mer inngripende. I prinsippet burde ordlyden i §184(2) slik den nå gjelder og som har anvendelse i §106-sakene føre til strengere vurdering av beviskravet. Men dagens praksis viser at så ikke er tilfelle, og beviskravet er senket.

Fengslingens karakter som inngripende tilsier at det ligger hos retten å avgjøre bruken i den enkelte sak. Prosessen kommer i gang ved at politiet begjærer fremstilling av familien i retten. Med en nylig endring av utl., er det nå to ulike fremstillingsfrister for voksne og barn jf. utl. §106(4). I forhold til klarhetskravet kan det sies at det er lite oversiktlig regelverk for asylsøkere, når det opereres med to ulike fremstillingsfrister. For voksne følger den av strpl.§183(1). I samsvar med Barnekomiteens generell kommentar nr.10 er det nå gitt egen fremstillingsfrist for barn jf. §185(2) og fengslingsfrist på maks to uker. For de voksne følger fengslingsfristen av utl. §106(5), og fengslingsfristen er 12 uker.

### **5.2.1 Er det alltid tvingende nødvendig?**

Når det gjelder hvorvidt det er tvingende nødvendig å fengsle barn, sier retten i en sak at:

---

<sup>209</sup> Vevstad (2010) kap. 12 s 574

<sup>210</sup> Prop. 135 L (2010-2011) p. 14.4 s 171

<sup>211</sup> Hovedinstruks for PU av 15.11.2012

”[...] det er ”tvingende nødvendig” med fengsling av barnet sammen med foreldrene. Unndragelsesfaren for foreldrene er så sterk at foreldrene må fengsles, og det er med dette utgangspunkt at fengslingen av barnet må vurderes”.<sup>212</sup>

Det er stilt spørsmål ved om dette er et riktig utgangspunkt under punkt 5.1.3 i avhandlingen. I Ot.prp. nr. 28 står det derimot at:

”Utgangspunktet for kontroll- og maktbruk ved utlendingsinternat er at det må stilles minst like strenge vilkår[...]som i fengslene, samtidig som hensynet til de svakeste gruppene (barn og enslige kvinner) ivaretas.”<sup>213</sup>

Ovenfor gis det tydelige tegn på at det ikke er noe absolutt krav at fengsling anvendes i de tilfeller hvor vilkårene ellers er oppfylt. Det må foretas en konkret forholdsmessighetsvurdering jf. utl.§99.

En bemerkelsesverdig observasjon er at utl.§106(1) bokstav b må leses i sammenheng med § 99(2), som sier at tvangsmidler kan brukes i en verserende sak.<sup>214</sup> Dermed er det ikke nok å lese utl.§ 106(1) bokstav b isolert, den må leses i sammenheng med § 99 for klargjøring av dagens reelle rettsstilstand.<sup>215</sup> Lovteknikken er her ikke tilrettelagt for asylsøkere som målgruppe da regelen ikke er forutsigbar og asylsøker må orientere seg mellom ulike bestemmelser. Dette betyr at også saksgangen (tilstrekkelig saksbehandling<sup>216</sup>) er av betydning for vurderingen.

## 5.2.2 ”Forholdsmessig inngrep”

### 5.2.2.1 *Lovgivers syn*

For at fengslingen skal være tvingende nødvendig må det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Spørsmålet blir her om det er forholdsmessig å fengsle medfølgende barn etter utl.§99? Det er ordlyden i første ledd som angir forholdsmessighetsvurderingen. Ordlyden er identisk med strpl. §170a.

Forarbeidene sier følgende om vurderingen etter §99:

” [...]Hva som regnes som et «uforholdsmessig inngrep» må avgjøres konkret. I den enkelte sak kan det [...]legges vekt på forhold som knytter seg til personen. Det kan også legges vekt på forhold ved saken[...]sakens omfang og alvor. Videre innebærer

---

<sup>212</sup> 14-050071SAK-BORG/04 s 3

<sup>213</sup> Ot.prp.nr. 28 (2006-2007) kap. 1 s 5

<sup>214</sup> Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) kap. 12 s 445

<sup>215</sup> Husabø (2012) s 15

<sup>216</sup> Bunæs/Vandvik/Kvigne (2004) p. 21.2.4.1 s 501

bestemmelsen at man skal benytte det minst inngripende tvangsmidlet som anses som tilstrekkelig til å oppnå formålet”.<sup>217</sup>

Forarbeidene forstås slik at det legges opp til en samlet vurdering, hvor det må være formålstjenlig i en gitt situasjon å anvende fengsling av barn. Fengsling av barn ligger på motsatt side av skalaen, og regnes som det mest inngripende tvangsmiddel. Det må derfor ligge til grunn en tilstrekkelig begrunnelse for å fengsle.<sup>218</sup>

Bestemmelsen kan utgjøre en mulig skranke mot fengsling av barn. Viktig i denne sammenheng er utl. §106(2) som uttrykkelig sier at fengsling ikke skal brukes dersom meldeplikt eller pålegg om bestemt oppholdssted er tilstrekkelige alternativer. EMD presiserte i en sak at for at et inngrep skal anses som forholdsmessig må alternativer samt mindre inngripende tiltak være vurdert, og retten må ende med at den ikke kan anvendes i den bestemte sak.<sup>219</sup>

Inngrepet i den ovenfornevnte sak var rettet mot en voksen person. Tilsvarende bør muligens gjelde i enda sterkere grad i de tilfeller hvor barn fengsles.<sup>220</sup> Vurdering for barns del kan vanskelig tenkes annerledes.

#### **5.2.2.2 Forholdsmessighetsvurdering relatert til fengsling av barn**

Det fremgår av forarbeider at forholdsmessigheten må vurderes individuelt, hvor blant annet alder spiller inn.<sup>221</sup> Sakens omfang og alvor er også av betydning.<sup>222</sup> Eksempelvis kan tilfeller hvor foreldrene har skjult sin opprinnelige identitet, motarbeider myndighetene i høy grad eller har foretatt annen misbruk av asylinstituttet være forhold som anses for å være alvorlige. Samtidig vil avslag i en asylsak kunne virke mer alvorlig enn i en sak om familieinnvandring. Retten har likevel endt på den konklusjon at kontrollhensynet kan trumfe hensyn til barn, og at forholdsmessighetsvurderingen ikke kommer i veien for fengsling av barnet.<sup>223</sup> Det retten legger til grunn er at det er nok med barnevennlig avdeling på Trandum.<sup>224</sup> Når fengslingsbegrunnelsen uansett henger sammen med foreldrene og deres atferd, vil det være direkte feil å si at det vil være til barns beste å være sammen med foreldrene og dermed et forholdsmessig inngrep. Saken (vist til i fotnote 231) fikk mye omtale i media i fjor, da dette gjaldt fengsling

---

<sup>217</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) p. 17.2.2.6 s 345

<sup>218</sup> Prop. 3 L (2010-2011) p.11.1.2 s 49

<sup>219</sup> EMD Nada v. Switzerland (183)

<sup>220</sup> NOAS rapport (2015) s104

<sup>221</sup> Keiserud/Sætherstrpl. §170a. Juridisk teori knyttet til strpl.§170a vil kunne være veiledende for utl.§99 jf. Ot.prp. 75 (2006-2007) s 345.

<sup>222</sup> Ibid

<sup>223</sup> 14-050071SAK-BORG/04 s 4

<sup>224</sup> Ibid

av en toåring på Trandum som satt fengslet i cirka 11 uker sammen med foreldrene. Saken ble anket til Høyesterett, men ble forkastet av Høyesteretts ankeutvalg da retten mente at anken klart ikke kunne føre fram.<sup>225</sup>

#### *5.2.2.2.1 Har Barnevernet en aktiv rolle?*

Første preventive tiltak for å unngå fengsling av barn ville være å inneha nødvendig kunnskap om barn og hva hensynet til barnets beste betyr i den foreliggende sak. Det vil være relevant å innhente barnefaglig kompetanse gjennom sakkyndige, i tillegg til å kommunisere med barnet. Dagens prosedyre i retten er annerledes. Barneverntjenesten har etter barnevernlov §5A-1 ikke ansvar for ivaretagelse av asylsøkende familier hvor barn følger med foreldre.<sup>226</sup> Dette står i motsetning til lovens §1-2 som presiserer at loven gjelder for *alle* barn som oppholder seg i riket, også de uten lovlig opphold i landet (jf.§1-1). De deltar i fengslingsmøter jf.§3-5, kun dersom retten mener det er nødvendig.<sup>227</sup> Sistnevnte bestemmelse er knyttet til strpl.§183 som her gjelder gjennom henvisningen i utl.§106(3). De har dermed ingen aktiv rolle i retten.

#### *5.2.2.3 Mer om forholdsmessighetsvurderingen*

Prinsippet om forholdsmessighet er satt inn av signal- og informasjonshensyn.<sup>228</sup> Det er ingen lavere terskel for å anvende fengsling etter utl. enn etter strpl.<sup>229</sup> Utl.§ 99 er paraplybestemmelsen som må overprøves når en enkeltbestemmelse om tvangsmiddel anføres som grunnlag. Praksis viser imidlertid at det til tider kan være lettvinnt å anse fengslingen som forholdsmessig. Det at barn ble fengslet i 19 av 20 fengslingstilfeller som det ble gitt innsyn i for 2014 gir også pekepinn på det samme.

I vurderingen bør det også inngå om barn går på skole eller i barnehage, noe som vil signalisere at familien ikke forsøker å skjule seg for myndighetene. I tillegg kan det være et moment om det finnes andre omsorgspersoner som barna kan være hos. Videre vil fengslingens lengde være av betydning. Dette formulerer retten slik i en sak:

”Forholdsmessigheten av fortsatt fengsling må ses i perspektiv av en total forventet fengslingstid. Desto lenger barnefamilien har vært undergitt fengsling, desto større blir inngrepet. Selv om oppholdet er godt tilrettelagt i en familieenhet på internatet og barnevernet fører jevnlig tilsyn med barnet, er forvaringen ingen god løsning for barnet når tiden går”.<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> HR-2014-667-U og HR-2014-668-U

<sup>226</sup> E-post fra barneverntjenesten 12.03.15

<sup>227</sup> Ibid

<sup>228</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kap.21 s 444

<sup>229</sup> Vevstad (2010) nettversjon – utl. § 99 p. 1

<sup>230</sup> 14-078848ENE-OTIR/08 s 4

Likevel endte retten med fengsling i saken. Som mothensyn er det trukket frem at det er foreldrene som har hovedansvaret fordi de motarbeider utreisen, og har satt barnet i denne situasjonen.

Andre momenter som kan ha betydning er tilknytning og botid i Norge.<sup>231</sup> Dersom det er sendt inn en omgjøringsbegjæring til UNE, og det foretas fengsling og tvangsreturnering av familien undertiden, vil det kunne utgjøre et uforholdsmessig inngrep.<sup>232</sup> Også i norsk rett er det gjort klart at fengsling har skadevirkninger:

”Etter gjeldende rett er det opp til domstolene å bedømme og ta hensyn[...],men i praksis er det ofte vanskelig å forhåndsvurdere graden av skadevirkninger ved bruk av tvangsmidler. Overfor enkelte grupper vil pågripelse og særlig varetektsfengsel kunne virke spesielt uheldig. Det gjelder først og fremst gruppen barn og ungdom[...].”<sup>233</sup>

Forarbeidene gjelder strpl. men synspunktet er også relevant for fengsling etter utl. Dommere er som rettsanvendere pålagt stort ansvar for ivaretagelse av barn i fengslingssaker. Siden lovgiver her har delegert oppgaven med å avgjøre hva som skal anses som forholdsmessig i den enkelte sak til domstolene, og det ikke er gitt inngående regler, samt en enkel henvisning til strpl., blir det viktig å se hvordan domstolene tar i bruk dette spillerommet.

En fengslingskjennelse står i direkte kontrast til den norske uttalelsen om skadevirkninger og Barnekomiteens uttalelse:

”Fengsling er naturligvis svært inngripende, men retten finner at verken barna eller den framstilte lider noe overlast ved en så kortvarig fengsling det her er tale om[...].”<sup>234</sup>

Men retten har også kommet til at fengsling kan være et uforholdsmessig inngrep mot barn. Opptil fire ukers fengsling av et barn på knappe tre år og hennes mor var uforholdsmessig. Det gjaldt en Dublin-sak og det forelå fare for unndragelse, men retten mente følgende:

” Retten vil peke på at barnets forhold må vurderes nøye ved forholdsmessighetsvurderingen[...].Etter rettens syn er fire uker i utgangpunktet lenge å holde et barn på snart tre år i fengsling forvaring. Dette gjelder selv om det er spesielt tilrettelagt for familier på Trandum utlendingsinternat”.<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> Bunæs/Vandvik/Kvigne (2004) p. 21.2.4.2 s 502

<sup>232</sup> Ibid s 503

<sup>233</sup> NOU 1980:28 s 60

<sup>234</sup> 14-032145ENE-OTIR/05 s 4

<sup>235</sup> 14-156370ENE-OTIR/04 s 3

”Unndragelsesfaren er imidlertid ikke av en slik styrke og karakter at den nødvendig-  
gjør og kan begrunne[...]fengsling forvaring i inntil fire uker.”<sup>236</sup>

Oslo Tingrett fastsatte i stedet meldeplikt og opphold på bestemt sted. Det er likevel bemerkelsesverdig at av alle gjennomgåtte kjennelser, var det kun i denne saken retten kom til at fengsling ville være uforholdsmessig. Her var det uforholdsmessig å fengsle en treåring, mens i saken nevnt tidligere ble en toåring fengslet i til sammen 11 uker. Underrettspraksis illustrerer på denne måten den vilkårligheten som finner sted i norsk rettspraksis ved anvendelse av §106. Hensikten med denne fremstillingen er å vise reglene som utgjør bakteppet for fengslingen. Forholdsmessighetsvurderingen med hensyn til barn og deres beste burde gi et annet utfall enn fengsling i disse sakene.

---

<sup>236</sup> 14-156370ENE-OTIR/04 s 4

## **6 Ivaretas barns prosessuelle rettigheter?**

### **6.1 Uheldig henvisningspraksis? Reservasjon til fordel for fengsling?**

Henvisningen til strpl. i §106(3) er problematisk fordi dens rekkevidde ikke er diskutert verken i lov eller forarbeider. Det vanskeliggjør grensesettingen. Forarbeider sier følgende om forholdet mellom utl. og strpl.:

”Bruken av tvangsmidler hører tradisjonelt hjemme i straffeprosessretten. Utlendingsloven er en del av spesiallovgivningen, som har særskilte bestemmelser om tvangsmidler. Det er noe glidende overgang mellom bruken av tvangsmidler i straffeprosessloven og utlendingsloven.”<sup>237</sup>

Glidende overgang mellom to rettsområder som er ganske ulike, og uten lovgivers spesifiseringer gir inntrykk av at oppgaven er lagt over til domstolene også når det gjelder grensesettingen. Drøftelsen under punkt 5.2 viser at det oppstår komplikasjoner med henvisningspraksisen. Forholdet til strpl. kompliseres ved det grunnleggende krav i strafferett om at personen skal ha utført en straffbar handling, ikke kan dekkes under utl. Det er ikke ulovlig å søke asyl. I straffeprosess får en som har utført en straffbar handling status som siktet, og i kraft av å være siktet har vedkommende krav på bestemte rettigheter.

I utl. har man heller ingen regel om aldersgrense. Det betyr at barn under 15 år også kan fengsles sammen med foreldrene. Når det gjelder den kriminelle lavalder har det blitt anført av samtlige prosessfullmektiger at henvisningen til strpl. også bør bety at barn under 15 år heller ikke skal kunne fengsles i utlendingssaker, men disse har ikke fått medhold. Retten har gitt følgende bemerkning:

”[...] Lagmannsretten finner at selv om man ikke kan fengsle barn under 15 år etter straffeprosessloven, vil det være adgang til å fengsle mindreårige barn sammen med foreldrene etter utlendingsloven §106. Lagmannsretten er enig med politiet i at reservasjonene ”så langt de passer” her kommer til anvendelse.”<sup>238</sup>

Henvisningen er uheldig når mye av det essensielle i straffeprosessen ikke er ment å gjelde i utlendingssaker. Retten viser til reservasjonen ”så langt de passer,” og avgrenser dermed kriminell lavalder fra disse sakene. Slik uttalelsen fra kjennelsen oppfattes virker det som reservasjonen kan brukes til ugunst for barn, fordi lovgiveren har gitt domstolene en vid kompetanse ved å gi en slik tilpasningsformulering. Det er med andre ord mulig for retten å reservere seg mot grunnleggende rettigheter for barn gjennom henvisningen i tredje ledd.

---

<sup>237</sup> Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) p. 17.2.2.1 s 343

<sup>238</sup> 14-050071SAK-BORG/04 s 3. Det har senere blitt henvist til uttalelsen i flere fengslingskjennelser. Se 14-128871ENE-OTIR/05



I tillegg til ulike fremstillingsfrister, følger det også ulike fengslingsfrister for voksne og barn som nevnt ovenfor i punkt 5.2. Fengslingsfristen for barn skal kun være inntil to uker. Gjennomgang av underrettspraksis viser imidlertid at barn har hatt lengre fengslingsopphold:

” Vurderingen [av BK art.3] er gjort i lys av at fengslingstiden er begrenset til opptil 3 uker og at uttransportering er planlagt allerede 30.august”.

Lovordlyden er derimot klar her og begrenser barns opphold til inntil to uker.<sup>239</sup> Rettens bedømmelse er dermed ikke i samsvar med strpl’s bestemmelse om fengslingsfrist og strider med kravet om ”kortest mulig tidsrom” etter BK art. 37(b).

### 6.1.1 Oppsummering

Det er ingen tvil om at fengsling etter utl. resulterer i tvungen kontroll og fysisk makt som ligner de straffeprosessuelle tiltak. Forarbeidene begrunner imidlertid ulikheten med at det er formålet med fengslingen som avgjør om fengslingen skal betegnes som rent forvaltningsrettlig eller som straffeprosessrettlig. Det bemerkes videre i forarbeidene at i de tilfeller hvor familien fengsles med den begrunnelse at det er unndragelsesfare, er det ingen straffeprosessrettlig karakter ved fengslingen.<sup>240</sup> De lege ferenda kan det sies at for å ta avstand fra straffeprosessuell karakteristikk, burde lovgiver også ha tatt avstand fra dens begrepsbruk. Det er som nevnt i utl’s kommentarutgave uheldig at man bruker begrepet fengsling, fengslingsfrist og fengslingskjennelse når dens karakteristikk ikke skal ha virkning i utlendingssaker.<sup>241</sup> Et åpent spørsmål er om barns rettssikkerhet ville ha vært ytterligere ivaretatt, dersom saken hadde vært behandlet som en ordinær straffesak?

## 6.2 Barns stilling som selvstendige rettssubjekter

### 6.2.1 Barnekonvensjonen art. 37 (D)

For at fengsling skal anses som nødvendig og forholdsmessig må visse krav for ivaretagelse av barns prosessuelle rettigheter i retten være oppfylt. Tilgang til retten er sentral og står nevnt både i BK og EMK art.5(4). I det følgende behandles kun artikkelen fra BK, det avgrenses mot EMK art.5(4) grunnet plasshensyn. BK sier følgende:

”Every child deprived of liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court[...]and to a prompt decision on any such action”.

Artikkelen referer til alle barn, det betyr også at den gjelder barn som er fengslet etter utl. Barnet har rett til juridisk bistand, og denne rettigheten er ubetinget. Videre har barnet rett til

---

<sup>239</sup> 14-128871ENE-OTIR/05 s 4

<sup>240</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) p. 17.2.2.2

<sup>241</sup> Vevstad (2010) nettversjon utl.§106

overprøvelse og rask avgjørelse. Det siste samsvarer med ordlyden i Grl.§94(2). BK gir barn stilling som selvstendige rettssubjekter. Artikkelen er behandlet i Barnekomiteens generell kommentar nr. 10 hvor art. 37(d) står under ”procedural rights”:

”The right to challenge the legality of the deprivation of liberty includes not only the right to appeal, but also the right to access the court[...].The right to a prompt decision means that a decision must be rendered as soon as possible, e.g within or not later than two weeks after the challenge is made”.<sup>242</sup>

#### *6.2.1.1 Fengsling av barn uten deres tilstedeværelse i retten*

Utl. §106 har frem til nyere tid ikke hatt noen formulering relatert til barn, men under revisjon i 2014 ble det satt inn et nytt fjerde ledd som nå angir en egen fremstillingsfrist i retten for barn under 18 år.<sup>243</sup> Dersom lovgiver her gir en fremstillingsfrist er det fordi det forutsettes at barnet vil kunne fengsles. Tilsvarende frist fremgår av strpl. §183(2). Dette er den eneste delen av paragrafen hvor forhold til barn uttrykkelig står nevnt. Endringen lovfester det syn at lovgiver forutsetter fengsling av barn.

Etter utl. §106(4) skal barn fremstilles for retten senest dagen etter pågripelsen. Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål ved den praksis som foregår i norske domstoler ved behandling av disse sakene. Det fremgår blant annet av rutineliste for saker i Oslo tingrett at barn ikke er tilstede i retten når spørsmålet om fengsling behandles.<sup>244</sup> Med andre ord finnes det en fremstillingsfrist i utl. for barn under 18 år, som i realiteten ikke praktiseres. Det gir grunn til å stille spørsmål om denne bestemmelsen kun er en formalitet for medfølgende barn?

Ved barnets fravær i retten får barnet ingen selvstendig behandling. Barnets rolle som selvstendig rettssubjekt jf. BK art.37(d), svekkes. I praksis vil det si at hva gjelder barnets beste, avgjøres det av retten uten barnas tilstedeværelse. Praksis med barns fravær i retten, skiller seg sterkt fra den ellers gjeldende praksis for mindreårige i straffesaker og barnevernssaker, hvor barn gis individuell behandling med påfølgende fengslingskjennelse eller vedtak. På den ene siden anføres det som argument at det ikke er til barns beste å delta i rettsmøte.<sup>245</sup> Uten at det fremgår direkte, vil den tenkelige begrunnelsen være at det er upraktisk for de yngste barna å delta. På den andre siden sier man at barn under 15 år som er for unge til å delta i rettsmøte, fremstår som modne nok til å kunne fengsles. I følge strpl.§ 184(2) tredje punktum har barnet rett til egen kjennelse. Men det er reservert mot denne del av bestemmelsen i utlen-

---

<sup>242</sup> Barnekomiteens generell kommentar s 22 (avsnitt 84)

<sup>243</sup> Prop.112 L (2013-2014) p. 9

<sup>244</sup> Huskeliste behandling av barnefamilier i PU-saker (2014) p. 1

<sup>245</sup> Ibid

dingssaker, da barn ikke får egen fengslingskjennelse. Dersom barn først skal kunne undergis et inngripende tiltak, og det gjelder ulike fremstillingsfrister for voksne og barn, taler det også for at de har krav på individuell behandling i kraft av å være selvstendige rettssubjekter.

#### *6.2.1.1.1 Brudd på Barnekonvensjonens generelle prinsipper?*

Tolkning av art.37 innebærer også vurdering av konvensjonens generelle prinsipper som blant annet følger av BK. Her er det valgt ut å si noe om art. 2 og 12.

Art.2 forplikter statene til å unngå diskriminering.<sup>246</sup> Barnekomiteen ber statene vie oppmerksomhet mot ulikheter som kan følge av inkonsekvent politikk som i særlig grad rammer visse grupper av barn, deriblant barn av etnisk minoritet.<sup>247</sup> Kommentaren nevner ikke asylbarn, men dette er utvilsomt en minoritetsgruppe i Norge. Når asylbarn ikke har krav på egen fengslingskjennelse som norske barn har etter strpl., det heller ikke er krav om fremstilling før fengsling og at de kan fengsles på et grunnlag som angår foreldrene, viser det tendens til diskriminerende forskjellsbehandling. For å jevne ut slik ulikhet er det viktig å etablere lovgivning som fremmer likebehandling.<sup>248</sup> Barnet anses ikke som selvstendig rettssubjekt, noe det har krav på etter BK artikkel 37(d). Det er særlig viktig å påpeke at siden medfølgende barn ikke får individuell fengslingskjennelse, får de heller ingen ankeadgang som er en prosessuelle rettighet som gis til enhver som er fengslet.<sup>249</sup> I den nylige NOAS-rapporten er tilsvarende synspunkt fremmet.<sup>250</sup>

Art.12 er viktig fordi den gir uttrykk for respekt for barnets integritet i de tilfeller hvor barn kan uttale seg.<sup>251</sup> Asylbarna har en fremstillingsrett som fremgår av utl., men som i realiteten ikke praktiseres. Dette betyr igjen at de ikke blir hørt.<sup>252</sup> Domstolen skal imidlertid tilse at enhver sak som behandles i retten blir tilstrekkelig opplyst jf.strpl. §294. Bestemmelsen er anvendelig i utlendingssaker jf. utl.§81(2) jf. utlendingforskriften av 2009<sup>253</sup> jf.§17-3(1). Til tross for at det ikke fremgår krav om at barnet selv må delta i rettsmøte jf.§17-3(2), må noen representere barnets syn. Oppsummeringsvis kan det sies at dagens rettstilstand og praksis signaliserer en utvikling som ikke samsvarer med BKs generelle prinsipper slik de er behandlet ovenfor.

---

<sup>246</sup> se også UNHCR detention guidelines p. 43

<sup>247</sup> FNs barnekomites generell kommentar nr. 10 s 4

<sup>248</sup> Ibid

<sup>249</sup> Se tilsvarende NOAS rapport (2015) p. 6.1.1.3 s 106

<sup>250</sup> Ibid

<sup>251</sup> FNs barnekomites generell kommentar nr. 10 s 6

<sup>252</sup> 14-130280SAK-BORG/04 s 2 – det nevnes eksplisitt i kjennelsen at barn ikke er hørt

<sup>253</sup> FOR-2009-10-15-1286

## 7 Avslutning

Utlendingsrett er et betent område, og det oppstår lett spenning mellom forholdet stat og individ. Det er til dels tale om motstridende hensyn som skal ivaretas gjennom samme lovgivning, men også tilpasses etter bestemmelser i annen lovgivning. Det kreves i seg selv stor grad av individualisert saksbehandling i utlendingsrett, da særlig asylsaker for barn vil handle om forhold i ulike land og kulturer. En annen måte å se det på er at utl. avviker generelt sett fra de ellers gjeldene regler for landets egne borgere. Dette tilsier økt behov for ivaretagelse av barns menneskerettigheter.

Særlig problematisk blir det når departementet i forarbeider fastholder at hensyn til rettssikkerhet ikke er like tungtveiende for fengsling etter utl. som etter strpl.<sup>254</sup> Bruk av tvang forutsetter at det foreligger stor grad av rettssikkerhet. Det er ikke vanskelig å være enig i det standpunkt at barns rettigheter ikke klart fremgår av utl.§106(1) bokstav b. Tilpasningsformuleringen som er brukt ved henvisning til strpl., begrenser barns rettigheter. Hensynet til at barn skal kunne forutberegne sin rettsstilling taler imot å benytte en slik formulering. Fengslingskjennelsene problematiserer i liten grad de argumenter som taler mot bruk av fengsling av barn. Lovgiver bør unngå at rettighetene etter Grl, BK og EMK mister sitt innhold.

BK skal ivareta barns rettigheter i ulike livssituasjoner. Norges ratifisering av BK fører til et ansvar for å følge opp de krav som stilles gjennom lovgivning, rettspraksis og politiske beslutningsprosesser på nasjonalt plan. Bestemmelsen i utl. bør være rammeverk for hva som kan anses som rettsmessig inngrep i den personlige friheten, og samtidig avgjøre hva som utgjør vilkårlighet og uforholdsmessighet.

Det er her også viktig å bemerke at personlig frihet ikke er en absolutt rettighet. Det vil være legitime grunner for å innskrenke denne både for voksne og barn. Staten har på bakgrunn av suverenitetsprinsippet rett til å ha kontroll over alle innbyggere innenfor sin jurisdiksjon. Samtidig er det klart at ulovlig innvandring må bekjempes, og det må kunne iverksettes sanksjoner mot foreldre som forsøker å unndra seg en returprosess.

Ifølge en artikkel var det 14.000 utlendinger med ulovlig opphold i Norge i 2014.<sup>255</sup> I artikkelen anses det for å være et sikkerhetsproblem for norske myndigheter at det oppholder seg så mange utlendinger i Norge uten lovlig opphold. Men barn utgjør ingen sikkerhetsrisiko, og det er nettopp derfor viktig å presisere viktigheten av en individuell vurdering.

---

<sup>254</sup> Prop.112 L (2013-2014) p.7.1

<sup>255</sup> Johansen/Foss/Olsen (2014)

Forventningene til skjerpet krav for å gripe inn i personlig frihet kan imidlertid senkes ved at fengsling etter utl. ikke har noe pønalt formål. Det er kun ment som administrativt tiltak fra forvaltningens side, og har kun til hensikt å virke kontrollregulerende. Bruk av begrepet ”fengsling” for et administrativ tiltak påfører utenlandske barn en unødige stigmatisering. Begrepsbruken minner i sterk grad om strafferettslige forhold. Forarbeidene til utl. gir uttrykk for at det er sammenfall mellom hensyn etter utlendingsrett og kriminalpreventive formål i strafferett.<sup>256</sup> Dette trekkes frem for å vise at skille mellom strafferett og utlendingsrett er blitt svak, noe som kan tyde på en negativ utvikling. På bakgrunn av drøftelsen i avhandlingen er det grunnlag for å si at skillet mellom regelverkene tvert imot bør tydeliggjøres.

Samtidig kan ikke det faktum ignoreres at mange foreldre dessverre misbruker sine barn for å kunne bruke smutthull i regelverket. Utreisepliktige utlendinger må reise ut av landet. Det sentrale er her at det finnes alternativer til fengsling som kan anvendes. Fengsling innebærer tvang og fysisk makt, og er det mest inngripende tiltaket overfor barn etter utl. Oversikten ovenfor viser at fengsling ikke er uten negative følger, og selv kortvarig fengsling har helsemessige konsekvenser for barn. Fengsling bør brukes som siste og ikke første mulige utvei.

Når det gjelder bruk av alternativer anmoder UNHCR medlemstatene om at ”alternatives to detention need to be considered”.<sup>257</sup>

UNHCR mener at:

”Best practice indicates that alternatives are most effective when asylumseeker are: [...] informed clearly and concisely at an early stage about their rights and duties associated with the alternative to detention as well as the consequences of non-compliance [...]”.<sup>258</sup>

Mulige alternativer som UNHCR angir er:

”[...]depending on the particular circumstances of the individual, including registration and/or deposit/surrender of documents, bond/bail/sureties, reporting conditions, community release and supervision, designated residence, electronic monitoring, or home curfew[...].”<sup>259</sup>

I Norge har vi meldeplikt og opphold på bestemt sted som to lovfestede alternativer til fengsling jf. utl. §105. En viktig kontrollmekanisme for om bruken er rimelig og som behandles av

---

<sup>256</sup> Prop. 138 L (2010-2011) s 29. Se også Husabø (2012) s 9.

<sup>257</sup> UNHCR Detention Guideline 4.3 s 22

<sup>258</sup> Ibid p. 41 s 24

<sup>259</sup> Ibid p. 40 s 24

retten følger av §105(2) annet punktum. Det finnes imidlertid flere utviklingsmuligheter. Når det gjelder opphold på bestemt sted, kan et tiltak være å forplikte familien om å bo fast på mottak med strengere rutiner. Et annet tiltak som anses forebyggende for norske tilfeller er assistert retur i regi av International Organization for Migration (IOM). Rettighetsinformasjon allerede under asylprosessen kan stimulere til flere assisterte returer. Samtidig bør følgene av et endelig avslag klargjøres ytterligere for denne gruppen.<sup>260</sup> Mange kan også fysisk sett være hindret i en utreise. I noen asylsaker kan dermed fokus på identitetsavklaring og arbeid med returnerbarhet forbedre og tilrettelegge til assistert retur.

En annen måte å styrke barns rettssikkerhet på er at Norge slutter seg til FNs tredje tilleggsprotokoll som gir barn individuell klagerett, og samtidig ha synlig barnefaglig kompetanse i norske domstoler.

I tillegg til at fengslingen er et inngripende tiltak mot barn, kan plassering på Trandum også krenke barnets integritet på andre måter. PU har i særlige tilfeller tillatelse til å foreta både ytre og indre kroppsvisitasjon av medfølgende barn med hjemmel i en intern instruks.<sup>261</sup> Det viser at det er flere aspekter som er problematiske og som er rene konsekvenser av fengslingen. Alternativer til fengsling og forebyggende tiltak bør anvendes i større utstrekning. Den foreløpige situasjonen ser imidlertid ut til å gå i en annen retning da regjeringen har planer om bygging av flere utlendingsinternater.<sup>262</sup>

I mars 2015 har imidlertid FNs spesialrapportør mot tortur uttalt at all fengsling og frihetsberøvelse må stoppes da det er klart at selv kortvarig fengsling har negative følger for barn. Rapporten bekrefter blant annet FN barnekomites syn om at fengsling aldri er til barnets beste. Det fremgår av spesialrapporten at det er et menneskerettighetsbrudd at barn fengsles i utlendingssaker, og i den forbindelse vises det til FNs torturkonvensjon og FNs konvensjonen for sivile og politiske rettigheter.<sup>263</sup> Nylig stod det en kronikk i Aftenposten hvor dette synspunktet fikk støtte: ”Hvis generelle regler for frihetsberøvelse av barn ikke skal komme utenlandske barn til gode, må Stortinget vedta dette i lovs form.”<sup>264</sup>

Om et ikke totalforbud er veien å gå for Norge, bør det likevel skje forbedring av lovverket og samtidig få på plass viktige rettssikkerhetsmekanismer for utenlandske barn. Noe som blant annet bør innebære at alternativer brukes aktivt. Det vil virke urimelig å ha en utdatert hold-

---

<sup>260</sup> Noas rapporten (2015) s 10

<sup>261</sup> Hovedinstruks for PU 15.11.2012 jf. p. 7.3.4

<sup>262</sup> Prop.1 S (2014-2015) s 154

<sup>263</sup> FNs Generalforsamling-Human Rights Council Report (2015) s 19

<sup>264</sup> Sveaas/Sandberg/Møkkelgjerd/Bjorge og Andenæs (2015)

ning overfor utenlandske barn ved spørsmål om fengsling, når det på internasjonal plan går i retning av en avskaffelse av ordningen.

## 8 Litteraturliste

### Juridisk litteratur

- Andenæs(2004) Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferett*, 5.utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo 2004
- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Oslo 2011
- Bohinen (1999) Bohinen, Anne, ”Utlendinger på statlige mottak – Reglement eller ønsket atferd? Asyl eller fengsel?”, i: *Bak paragrafene – rettssikkerhet og praktisering av utlendingsloven*, Heiberg, Turid, Inger Aguilar(red.), 1999 s. 9-21
- Bunæs/Vandvik/Kvigne(2004) Bunæs, Runa, Kristine Ottesen Kvigne og Bjørn Vandvik *Utlendingsrett*, Oslo 2004
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. Utgave ved Jan. E. Helgesen, Oslo, 2001
- Fleischer (1998) Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2.utgave, Oslo, 2012
- Høstmælingen/Kjørholt/Sandberg (2008) Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg(red.), *Barnekonvensjonen, Barns rettigheter i Norge*, 1.utgave,Oslo, 2008
- Keiserud/Sæther (2011) Keiserud, Erik, Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven Kommentartutgave nettversjon Bind I*
- Vevstad (2010) Vevstad, Vigdis [red.],[et al.] *Utlendingsloven*, Oslo 2010
- Vevstad (2010) Vevstad, Vigdis [red.], [et al.]*Utlendingsloven Kommentartutgave nettversjon*. [sitert 07.01.15]
- Øyen (2013) Øyen, Øyvind Dybvik (red.) [et.al], *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo, 2013
- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter*, 3.utgave, Bergen 2011



## Juridiske artikler/utredninger

Husabø/Suominen (2011)

Husabø, Erling Johannes og Annika Elisabet Suominen, *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler*, Bergen 2.mars 2011

Lidén/Seeberg/Engebrigtsen

Lidén, Hilde, Marie L. Seeberg og Ada Engebrigtsen, *Medfølgende barn i asylmottak – livssituasjon, mestring, tiltak*, Oslo 06.juni 2011

Returrapport

UDI/POD/KDI (2014)

Utlendingsdirektoratet, Politidirektoratet og Kriminalomsorgen: *Returrapport*, Oslo 01.juni 2014

## Nettartikler

Ulfstein (2012)

Geir Ulfstein: *Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer*. I: Lov og Rett. 2012, s. 552-570 [sitert fra Lovdata 15.03.2015]

Søvig (2011)

Karl Harald Søvig: *Barnekomiteens kritikk av Norge*. Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 1 2011 s. 1-4-(FAB-2011-1) [sitert fra Lovdata 09.03.2015]

Tverberg (2014)

Tverberg, Arnulf: *Grunnloven og maktfordelingen*. Nettartikkel på Lovdata. 16.september 2014. [sitert fra Lovdata 16.april 2015]

Andenæs/Bjørge  
(2011)

Andenæs, Mads og Erik Bjørge: *Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene*. Jussens Venner 2011 s.251-286-(JV-2011-251) [sitert fra Lovdata 25.mars 2015]

## Norske lover og forskrifter

1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814
1902	Alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven) 22.mai 1902 nr. 10
1981	Lov om barneombud av 06.03.1981 nr.5(barneomudsloven)
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22.mai 1981 nr. 25
1992	Lov om barneverntjenester av (barnevernloven) av 17.juli 1992 nr. 100
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)21.mai 1999 nr.30
2008	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) 24.mai 1988 nr. 64
2009	Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) FOR 2009-10-15 nr 1286
2009	Forskrift om Politiets utlendingsinternat (utlendingsinternatforskriften)FOR-2009-12-23-1890

## **Forarbeider**

Dok. nr. 16 (2011-2012)	<i>Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven</i>
Innst. 186 S (2013-2014)	<i>Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen</i>
Meld. St. 27 (2011-2012)	<i>Barn på flukt</i>
NOU 1980:28	<i>Varetektsfengsling</i>
NOU 2004:20	<i>Ny utlendingslov</i>
NOU 2008:15	<i>Barn og straff</i>
Ot.prp. nr. 3 (1998-99)	<i>Om lov om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)</i>
Ot.prp. nr. 45 (2002-2003)	<i>Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)</i>
Ot.prp.nr. 75 (2006-2007)	<i>Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)</i>
Ot.prp.nr.28 (2006-2007)	<i>Om lov om endring i utlendingsloven (utlendingsinternat)</i>
Prop. 1 S (2014-2015)	<i>Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak)</i>
Prop. 112 L (2013-2014)	<i>Endringer i utlendingsloven (utvidelse av fremstillingsfristen ved pågrepelse m.m.)</i>
Prop. 135 L (2010-2011)	<i>Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konflikt-</i>

Prop. 138 L (2010-2011)

*rådsloven m.fl. (barn og straff)*

*Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv.)*

Høring

*Justis- og beredskapsdepartementet - Høring om forslag til endringer i utlendingsloven og utlendingsforskriften – gjennomføring av Dublin-forordningen i norsk rett 12/8109 – DHA, 12.07.2013 side 15 nettlink:*

<https://www.regjeringen.no/contentassets/b2b195ad690d4e288e5d00763e1cfc9b/horingsbrev.pdf> [sitert 16.03.14]

## **Internasjonale konvensjoner**

Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. November 1989

EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950

Tilleggsprotokoll til BK

Valgfri protokoll til konvensjonen om barns rettigheter om individklageordning, 19. desember 2011

Wien-konvensjonen

Wien-konvensjonen om traktatretten, 23. mai 1969

## **Norsk rettspraksis**

### **Høyesterettspraksis**

Rt.2000-996

Rt.2002-557

Rt.2004-1737

Rt.2005-833

Rt.2007 s 234

Rt.2008-1764

Rt.2008-513

Rt.2009-1261

Rt.2012-494

Rt.2014-1102

Rt.2014-1105

HR-2014-667-U

HR-2014-668-U

HR-2015-00206-A

### **Underrettspraksis(upubliserte kjennelser)**

(i oversikten er det vist til alle gjennomgåtte kjennelser)

14-128871ENE-OTIR/05

Oslo Tingrett avsagt 12.08.14

14-050071SAK-BORG/04

Borgarting Lagmannsrett avsagt 25.03.14

14-130280SAK-BORG/04	Borgarting Lagmannsrett avsagt 18.08.14
14-156370ENE-OTIR/04	Oslo Tingrett avsagt 01.10.14
14-056478ENE-OTIR/03	Oslo Tingrett avsagt 02.04.14
14-032145ENE-OTIR/05	Oslo Tingrett avsagt 21.02.14
14-078848ENE-OTIR/08	Oslo Tingrett avsagt 14.05.14
14-089139ENE-OTIR/02	Oslo Tingrett avsagt 28.05.14
14-081241SAK-BORG/04	Borgarting Lagmannsrett avsagt 16.05.14
14-049678ENE-OTIR/01	Oslo Tingrett avsagt 19.03.14
14-070992ENE-OTIR/06	Oslo Tingrett avsagt 30.04.14
14-112284SAK-BORG/04	Borgarting Lagmannsrett avsagt 07.07.14
14-106948ENE-OTIR/06	Oslo Tingrett avsagt 26.06.14
14-049705ENE-OTIR/01	Oslo Tingrett avsagt 19.03.14
14-071132ENE-OTIR/06	Oslo Tingrett avsagt 30.04.14
14-078758ENE-OTIR/08	Oslo Tingrett 14.05.14
14-089141ENE-OTIR/02	Oslo Tingrett 28.05.14

### **Avgjørelser fra internasjonale domstoler og klageorganer**

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

EMD Christine Goodwin v. The United Kingdom    Den europeiske menneskerettsdomstolen,  
11.juni 2002

EMD The Sunday Times v. The United Kingdom	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 26. april 1979
EMD Amuur v. France	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 25.juni 1996
EMD Saadi v. The United Kingdom	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 29.januar 2008
EMD Enhorn v. Sweden	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 25.januar 2005
EMD Nasrulloev v. Russia	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 11.oktober 2007
EMD McKay v. The United Kingdom	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 03.oktober 2006
EMD Guzzardi v. Italy	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 06.november 1980
EMD Medvedyev and others v. France	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 29.mars 2010
EMD Plesó v. Hungary	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 02.oktober 2012
EMD Abolkhani and Karimnia v. Turkey	Den europeiske menneskerettsdomstolen, 22.september 2009
EMD El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia	Den europeiske menneskerettsdomstol 13.desember 2012
EMD Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium	Den europeiske menneskerettsdomstol 12.oktober 2006

EMD A and Others v. The United Kingdom	Den europeiske menneskerettsdomstol 19.februar 2009
EMD Maestri v. Italy	Den europeiske menneskerettsdomstol 17.februar 2004
EMD Bankovic and Others v. Belgium etc.	Den europeiske menneskerettsdomstol 12.desember 2001
EMD Golder v. the United Kingdom	Den europeiske menneskerettsdomstol 21.januar 1975
EMD Nada v. Switzerland	Den europeiske menneskerettsdomstol 12. september 2012
International Court of Justice (ICJ)	
Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo	ICJ Case of Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), 30. November 2010

### **Generelle kommentarer fra FN-komiteer**

Barnekomiteen: *General Comment No. 10 Children's rights in juvenile justice CRC/C/GC/10*

Barnekomiteen: *General Comment No. 8 The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (art. 19;28,para. 2; and 37, inter alia) CRC/C/GC/8\**

Barnekomiteen: *General Comment No. 14 The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1)\* CRC/C/GC/14*

### **Andre internasjonale kilder**

UNHCR: Detention Guidelines 2012

Barnekomiteen - The UN Committee on the Rights of the Child (CRC) 2012 : *Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*



<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/ReportDGDChildrenAndMigration2012.pdf> [siteret 25.03.15]

FNs generalforsamling: *Human Rights Council Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez*,\*A/HRC/28/68 05 March 2015 [siteret 14.04.15]

FNs *Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, vedtatt av FNs generalforsamling 14.desember 1990 [siteret 20.02.15]

<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r113.htm>

### **Nettdokumenter /publikasjoner**

Hovedinstruks for Politiets Utlendingsenhet 15.11.2012

[https://www.politi.no/vedlegg/lokale\\_vedlegg/politiets\\_utlendingsenhet/Vedlegg\\_2859.pdf](https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_2859.pdf)  
[siteret 03.04.15]

PU Strategi 2012-2016 av 22.11.11

[https://www.politi.no/vedlegg/lokale\\_vedlegg/politiets\\_utlendingsenhet/Vedlegg\\_1904.pdf](https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_1904.pdf)  
[siteret 14.03.15]

Brakstad, Tommy. Nettavisen-redaktør: *Lille Wahaj Ali har vært fengslet i Norge i ti uker*. Norsk rikskringkasting 28.mai 2014 [http://www.nettavisen.no/nyheter/lille-wahaj-ali-\(2\)-har-vrt-fengslet-i-norge-i-ti-uker/8448529.html](http://www.nettavisen.no/nyheter/lille-wahaj-ali-(2)-har-vrt-fengslet-i-norge-i-ti-uker/8448529.html) [siteret 02.02.15]

Hustadnes, Halldor. Dagbladet-redaktør: *Barneombudet bekymret for barn som fengsles før de kastes ut – Behandles for mye som foreldrenes bagasje*.

Intervju av Anders Prydz Cameron, Seniorrådgiver hos Barneombudet. 3.juli 2014.

[http://www.dagbladet.no/2014/07/03/nyheter/asylopolitikk/politiets\\_utlendingsenhet/34167461/](http://www.dagbladet.no/2014/07/03/nyheter/asylopolitikk/politiets_utlendingsenhet/34167461/) [siteret 05.02.15]

Noas artikkel: *Retur uten rettssikkerhet*, 19.februar 2013.

<http://www.noas.no/retur-uten-rettssikkerhet/> [siteret 29.02.15]

International Detention Coalition(IDC). *What we do*. 2015.

<http://idcoalition.org/about-idc/what-we-do/>

End immigration detention of children:

<http://endchilddetention.org> [sist sett 04.03.15]

IDC rapport: *Captured Childhood*, 2012,  
[http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2012/03/Captured\\_Childhood-report.pdf](http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2012/03/Captured_Childhood-report.pdf)

Store norske leksikon. Søk: *Internering*. <https://snl.no/internering>

Norsk Organisasjon for Asylsøkere (Noas) rapport (2015) *Frihet først – En rapport om alternativer*.  
<http://www.noas.no/wp-content/uploads/2015/02/ATI.pdf> [sitert 16.04.15]

Norsk Organisasjon for Asylsøkere (Noas) rapport (2014) *Detention of asylum seekers*  
[http://www.noas.no/wp-content/uploads/2014/02/Detention-of-asylum-seekers\\_web.pdf](http://www.noas.no/wp-content/uploads/2014/02/Detention-of-asylum-seekers_web.pdf) [sitert 13.03.15]

UDI regelverk *Mubanzila Mayeka, Kaniki Mitunga v. Belgium (art.3, art. 5 og art. 8)*  
(<https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/emd-avgjorelser/application-no-1317803/>) [sitert: 23.03.15]

FNs nettside: <http://www.fn.no/Aktuelt/Nyheter/Somalia-har-ratifisert-Barnekonvensjonen>  
[sitert 26.03.15]

FNs nettside: <http://www.fn.no/Aktuelt/Nyheter/Norske-barn-faar-ikke-klage-til-FN> [sitert 26.03.15]

Sveaass Nora, Kirsten Sandberg, André Møkkelgjerd, Eirik Bjørge og Mads Andenæs. Kromikk Aftenposten, *Samme år som Norge i Europarådet stemte for å forby internering av barn, internerte Norge 330 barn*. 09.april 2015  
[http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Samme-ar-som-Norge-i-Europaradet-stemte-for-a-forby-internering-av-barn\\_-internerte-Norge-330-barn--7971181.html](http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Samme-ar-som-Norge-i-Europaradet-stemte-for-a-forby-internering-av-barn_-internerte-Norge-330-barn--7971181.html) [sitert 12.04.15]

Johansen P Anders, Andreas B. Foss og Thomas Olsen: Artikkel aftenposten. *14.000 utlendinger registrert med ulovlig opphold i Norge*. 02.september 2014  
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/14000-utlendinger-registrert-med-ulovlig-opphold-i-Norge-7689580.html> [sitert 25.03.15]

Politiets utlendingsenhet . *Årsmelding 2013*. Oslo, Politiets utlendingsenhet, 2013  
[https://www.politi.no/vedlegg/lokale\\_vedlegg/politiets\\_utlendingsenhet/Vedlegg\\_2648.pdf](https://www.politi.no/vedlegg/lokale_vedlegg/politiets_utlendingsenhet/Vedlegg_2648.pdf)  
[sitert 26.01.15]

**Personlig meddelelse**

E-post fra Kvåle, Finn, seniorrådgiver hos Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet 12.03.15

Epost fra Staver, Anne, seniorrådgiver hos Politiets Utlendingsenhet 19.02.15, 23.02.15

E-post fra adv. Skjøsberg, Simen vedrørende innsyn i kjennelser advokat 20.01.15

Huskeliste behandling av barnefamilier i PU-saker nummer: 2014/12